

PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL

MIGUEL ÁNGEL TENAS ALÓS

MIGUEL ÁNGEL TENAS ALÓS

**PRINCIPIOS DEL DERECHO
MERCANTIL**

CEDEU

Editorial Síndesis

1ª edición, 2021

© Miguel Ángel Tenas Alós

© 2021, editorial Sindéresis

Venancio Martín, 45 – 28038 Madrid, España

Rua Diogo Botelho, 1327 – 4169-004 Porto, Portugal

info@editorialsinderesis.com

www.editorialsinderesis.com

ISBN: 978-84-19199-05-8

Depósito legal: M-37160-2021

Produce: Óscar Alba Ramos

Impreso en España / Printed in Spain

Reservado todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 9 |
| 1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL: CONCEPTO Y FUENTES..... | 11 |
| 1. Concepto de Derecho Mercantil | 11 |
| 2. Fuentes del Derecho Mercantil | 21 |
| 2. EL USO MERCANTIL, LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y EL CONSUMIDOR..... | 25 |
| 1. El uso mercantil | 25 |
| 2. Las condiciones generales de la contratación | 27 |
| 3. El consumidor. Referencia del derecho de consumo | 33 |
| II. EMPRESARIO, EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL..... | 39 |
| 3. EL EMPRESARIO PERSONAL FÍSICA | 41 |
| 1. La empresa..... | 41 |
| 2. El empresario | 46 |
| 4. EL EMPRESARIO PERSONA JURÍDICA..... | 55 |
| 1. Introducción | 55 |
| 2. Tipos de empresario persona jurídica | 58 |
| 3. Sociedades irregulares | 71 |
| 5. ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPRESARIO: RESPONSABILIDAD..... | 73 |
| 1. La responsabilidad del empresario individual | 73 |
| 2. Responsabilidad del empresario. El emprendedor de responsabilidad limitada | 75 |
| 3. La responsabilidad contractual y extracontractual del empresario... .. | 77 |
| 4. Responsabilidad por actos de dependientes..... | 87 |

| | |
|--|------------|
| 6. COLABORADORES DEL EMPRESARIO Y OBLIGACIÓN DE LLEVANZA DE CONTABILIDAD..... | 89 |
| 1. Colaboradores del empresario. La representación..... | 89 |
| 2. Obligación de llevanza de la contabilidad..... | 98 |
| 7. EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL | 103 |
| 1. Introducción y características | 103 |
| 2. Sociedad civil y sociedad mercantil | 107 |
| 3. Tipos de sociedades mercantiles..... | 108 |
| 4. El establecimiento mercantil..... | 113 |
| III. DERECHO DE LA COMPETENCIA | 125 |
| 8. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA ... | 127 |
| 1. El concepto económico de competencia..... | 127 |
| 2. Derecho de libre competencia | 130 |
| 3. Derecho de la Unión Europea..... | 133 |
| 4. El modelo español..... | 135 |
| 9. DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA | 143 |
| 1. Conductas colusorias | 143 |
| 2. Prácticas abusivas | 149 |
| 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales..... | 153 |
| 4. Supuestos de dispensa de las prohibiciones..... | 154 |
| 5. Control de las operaciones de concentración económica | 155 |
| 6. Ayudas y subvenciones públicas | 157 |
| 10. COMPETENCIA DESLEAL..... | 161 |
| 1. La protección de la competencia | 161 |
| 2. Los actos de competencia desleal. Catálogo de supuestos concretos | 167 |
| 3. Actos contrarios al mercado | 176 |
| 4. Acciones legales | 177 |

| | |
|---|------------|
| 11. LA PUBLICIDAD COMERCIAL..... | 179 |
| 2. La integración de la publicidad en los contratos perfeccionados ... | 181 |
| 3. Las declaraciones publicitarias como continente de los deberes precontractuales de información..... | 185 |
| 4. Supuestos específicos de publicidad ilícita..... | 187 |
| 5. El jurado de la publicidad de autocontrol y acciones disponibles contra la publicidad ilícita | 190 |
| IV. PROPIEDAD INDUSTRIAL | 193 |
| 12. INTRODUCCIÓN A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL | 195 |
| 1. Introducción..... | 195 |
| 2. Propiedad intelectual | 196 |
| 3. Propiedad industrial..... | 201 |
| 13. SIGNOS DISTINTIVOS..... | 209 |
| 1. Introducción..... | 209 |
| 2. Marcas..... | 210 |
| 3. El signo constitutivo de marca..... | 217 |
| 4. Contenido del derecho de marca..... | 220 |
| 14. CREACIONES INDUSTRIALES | 225 |
| 1. Introducción..... | 225 |
| 2. Diseño industrial..... | 227 |
| 15. PATENTES..... | 239 |
| 1. Introducción..... | 239 |
| 2. Principales normativas en la materia | 240 |
| 3. Concepto de invención | 241 |
| 4. Requisitos de patentabilidad | 243 |
| 5. Excepciones a la patentabilidad..... | 245 |
| 6. Derechos del inventor | 246 |
| 7. Las patentes | 250 |

| | |
|--------------------------|------------|
| BIBLIOGRAFÍA..... | 255 |
|--------------------------|------------|

I. INTRODUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL: CONCEPTO Y FUENTES

SUMARIO: 1. Concepto de Derecho Mercantil / 2. Fuentes del Derecho Mercantil

1. Concepto de Derecho Mercantil

1.1. Concepto

Entendemos el Derecho Mercantil como el sector del ordenamiento jurídico privado que nace y se viene desarrollando con el objeto de atender a las exigencias del tráfico económico, para las que el Derecho Civil se mostró desde el primer momento insuficiente.

Una de las cuestiones fundamentales que resultan de obligada referencia es la tremenda antigüedad existente en la regulación de las materias concernientes al Derecho Civil, por un lado, y al Derecho Mercantil, por el otro. Si bien es cierto que durante el paso de las décadas los textos han ido siendo modificados, la redacción original del Código Civil español data del año 1889. En el caso del Código de Comercio, el cuerpo normativo de referencia en materia de Derecho Mercantil, el año de aprobación es 1885.

Estas fechas de aprobación de los textos legales son, a la vista de cualquier experto o persona que conozca algo del mundo del Derecho, tremendamente antiguas. Si por algo destaca la labor de la abogacía es por la continua modificación de sus fuentes doctrinales, bien con la aprobación y promulgación de nuevas normativas o textos, o con los distintos pronunciamientos jurisprudenciales que implican la modificación de algunas cuestiones.

En la actualidad, múltiples tipos de negocios que han alcanzado gran relevancia ni siquiera existían cuando se aprobó el Código de Comercio. En

sentido, los contratos de franquicia, el comercio electrónico, leasing, renting, o la simple y extendida utilización de tarjetas bancarias, son sistemas o tipos de contrato que en la redacción originaria del Código de Comercio resultaban de imposible regulación, porque ni siquiera existían en la mayoría de los casos no ya la idea en sí, sino ni siquiera conceptos básicos de los mismos ni la tecnología que ha hecho posible su uso con el paso del tiempo.

El Derecho Mercantil, en sus orígenes, estuvo ligado a la actividad comercial, naciendo a partir del desarrollo económico de las ciudades. No puede olvidarse que, en la Edad Media, el comercio estaba dando sus primeros pasos. Así, el Derecho Mercantil nació para dar respuesta a la exigencia de regular, en aquel momento, la economía de mercado (Jiménez Sánchez, 2018, p. 13).

En el siglo XI comenzó el intercambio de productos e ideas. En este aspecto, las peregrinaciones a otros lugares, así como las cruzadas y el renacimiento del comercio ayudaron, todos ellos, a la mejora de Europa. Comenzaron a desarrollarse las ferias, como lugares de encuentro periódico donde se intercambiaban mercancías, resultando las más importantes las de Champagne, de gran repercusión en los siglos XII y XIII. Se trataba de seis ferias anuales que lograron eclipsar al resto, y cuya celebración tenía lugar en la llanura francesa de este nombre, situada a medio camino entre Venecia y Brujas.

En estas ferias, que duraban varios días, acudían no sólo mercaderes, sino también juglares o titiriteros, que ayudaban a dotarlas de un carácter festivo y fomentaban que muchas más personas se interesasen por las mismas.

En el siglo XIII aparecieron los primeros bancos, en una concepción muy distinta a como los conocemos en la actualidad. Además, la mayoría de los banqueros no dejaban de ser una suerte de prestamistas privados –figura prohibida en la actualidad por nuestro ordenamiento jurídico–. En esencia, cobraban intereses por los distintos préstamos que concedían, abrían libros de cuenta, realizaban transferencias monetarias para sus clientes y protegían sus ahorros.

En aquella época, viajar con dinero físico no sólo era incómodo, sino también tremendamente peligroso, lo que ayudó al rápido crecimiento de estos bancos. Todo esto ayudó, en suma, a que la mayor parte de las compraventas se realizasen mediante transacciones a crédito. Para estas últimas, uno de los instrumentos que más cómodo resultó fueron las letras de cambio, que perviven hasta la actualidad, aunque con las lógicas modificaciones resultado del paso del tiempo. En esencia, mediante estas letras de cambio se producía un acuerdo bilateral –entre el prestamista y el deudor– por el cual el dinero prestado podía devolverse después de un plazo fijado de antemano por las partes, en el lugar convenido por las mismas e incluso en una moneda distinta a la prestada.

En España, la situación resultaba semejante a la explicada brevemente para Europa. El sistema económico se basaba en dos pilares fundamentales: la ganadería y la agricultura. Realeza, nobleza y clero eran los principales propietarios de los terrenos, cuyo cultivo realizaban los campesinos, aproximadamente el 80% de la población total del país. Las cabezas de ganado constituían, además, una de las bases indispensables de la economía. La ganadería no resultaba únicamente una fuente de ingresos para los propios ganaderos, sino que también era muy interesante para la Corona, que percibía dividendos mediante la alcabala.

La suma de todos estos factores supuso que, en la Alta Edad Media se experimentase un importante auge de la ganadería y de todos los productos derivados de ella. Unido al perfeccionamiento de las técnicas agrarias, que permitieron el aumento de la producción y la obtención de mayor número de excedentes, y el aumento demográfico experimentado en el conjunto de la población del país, implicaron un aumento en la fabricación de productos como lana o cuero, que eran realizados por artesanos en talleres individuales o familiares.

Estos talleres implicaron, con el paso de los años, que apareciesen los gremios –agrupaciones de artesanos que trabajaban el mismo producto–. Los objetivos de los gremios resultaban ser, fundamentalmente, de carácter económico. Entre sus competencias se encontraban el abastecimiento de materias primas para todos los miembros de la asociación o la especificación y

regulación de acceso a la profesión, indicando las distintas etapas que debían superar quienes pretendieran dedicarse a la actividad concreta –la pirámide se encontraba perfectamente establecida y jerarquizada, con exigencias de permanencia al aprendiz de dos años en período de formación, lo que le permitía ascender a oficial, que era el escalón intermedio e inmediatamente inferior al maestro, que era la persona que ostentaba la capacidad para dirigir el negocio–. Se perteneciese al escalafón que se perteneciese, si se formaba parte del gremio, se tenía derecho a percibir un salario. Pero también se encargaban de cuestiones menos relativas al propio negocio, como el cuidado de los huérfanos y viudas tras el fallecimiento de alguno de los miembros del gremio.

La perfección de las técnicas de producción y la disponibilidad de mayores excedentes supuso la necesidad de buscar nuevos mercados donde vender los productos. De esta manera, los mercados fueron atrayendo cada vez mayor número de comerciantes, lo que incidía también en mejores ingresos en los propios mercados y, por relación directa, de las ciudades donde se celebraban. Estos mercados podían tener carácter local o provincial y pronto, los más importantes, comenzaron a tener una periodicidad diaria.

Estos mercados, cuya principal tarea residía en proveer a los habitantes de las ciudades de los alimentos y productos más básicos, comenzaron a gozar de mayor repercusión cada vez. Existieron normas de marcado carácter proteccionista, que implicaban la prohibición a los mercaderes de sacar trigo, vino o cualquier otra vianda hasta que los habitantes de su ciudad no se hubieran proveído. Pero la mejor producción implicó una mayor existencia de productos disponibles. Como consecuencia de ello –o causa, según qué fuente consultemos–, las vías de comunicación también sufrieron mejoras, permitiendo un transporte más sencillo de las mercancías y facilitando por lo tanto la actividad comercial. Además, se produce un uso continuado de las monedas y, al igual que ocurrió en el resto del continente, aparecieron los banqueros y las letras de cambio.

Hoy día, el Derecho Mercantil español todavía ofrece ciertas excepciones a las figuras de los artesanos, ganaderos y agricultores, derivadas en gran medida de los derechos adquiridos por el paso del tiempo por estos sectores, y por la propia tradición.

En la actualidad, cuando nos referimos al Derecho Mercantil, estamos aludiendo a una materia que disciplina el ejercicio de cualesquiera actividades empresariales, ya sean comerciales, industriales o de servicios. Entendemos, como Derecho Mercantil, una rama del derecho privado patrimonial, construido con carácter general sobre las figuras de la empresa, el empresario y la actividad empresarial. Cuestiones como la obtención de beneficios o los derechos de los consumidores, si bien son también tremendamente importantes –especialmente la primera para las empresas, así como la segunda para el Derecho–, no constituyen elementos esenciales de nuestra materia.

Una obligada referencia debe realizarse respecto a la independencia o no del Derecho Mercantil, respecto al Derecho Civil. Resulta indudable que los orígenes del Derecho Mercantil provienen de la materia de Derecho Civil, existiendo todavía relativas dudas respecto a la posibilidad de que se trate de una materia ya perfectamente distinguida en el ámbito profesional, o no.

Del mismo, desde hace tiempo parece poder advertirse que el Derecho Mercantil ostenta cuestiones y problemas por completo propios, que en nada atañen al Derecho Civil, y que lo superan con mucho.

Hoy día, la opinión mayoritaria se inclina por la opinión de la sustantividad propia del Derecho Mercantil, resultando innegable que todavía existen lazos entre un Derecho y otro, –como demuestra la necesidad, producida en bastantes ocasiones y con cierta frecuencia, como el lector podrá ir comprobando en las próximas páginas de esta obra, de consulta de las normas relativas a algún contrato específico en el Código Civil u otra norma civilista, al no resultar suficientes las recogidas al respecto en los textos mercantiles– (Olivencia Ruiz, 2014).

Como uno de los principales argumentos en la defensa de quienes defienden que el Derecho Mercantil es todavía una rama del Civil, podría mencionarse el hecho de que no existe en nuestro Tribunal Supremo una Sala específica que trate de los problemas mercantiles, sino que es la Sala de lo Civil la encargada de conocer de los asuntos en cuestión.

No obstante, también resulta cierto que están creándose, cada vez más, en tribunales de inferior rango, juzgados que únicamente conocen de materias

mercantiles. En los Tribunales Superiores de Justicia, por ejemplo, las Salas de lo Mercantil existen desde hace tiempo, y recientemente están creándose algunas específicas para materia concursal, cuya relevancia en los últimos tiempos está siendo cada vez mayor y que es, no hay duda en este caso, una rama del Derecho Mercantil.

La doctrina entiende que el Derecho Mercantil abarca sectores como el relativo al empresario individual y sus instituciones afines –que implican la contabilidad, ya sean libros obligatorios para todos los empresarios, o para algún tipo concreto, así como la protección de los consumidores–, el Derecho de Sociedades –relativo al estudio de las distintas personas jurídicas que pueden operar en el mercado y sus características generales y particulares–, el Derecho de la Contratación, el Derecho del Mercado Financiero –que no obstante, no acostumbra a estudiarse en las asignaturas de Derecho Mercantil propiamente dicho–, el Derecho Concursal –de gran importancia en la actualidad, y cuyo objetivo es la satisfacción de los acreedores de la compañía y, en menor medida, la continuidad de la actividad mercantil–, el Derecho de navegación marítima y aérea –que recientemente, parece aceptarse por la doctrina su desarraigo del contrato de transporte en general para obtener sustantividad propia– y el Derecho de Títulos Valores –dentro del cual encontramos las figuras del cheque, el pagaré y la letra de cambio–.

El Código de Comercio, en su artículo 2, considera que el Derecho Mercantil es el encargado de regular los actos de comercio, pero no establece la definición de qué debemos entender como tales.

Con la redacción actual del Código de Comercio, debe entenderse que resulta de aplicación a toda aquella persona que realice cualquier tipo de acto de comercio, de manera independiente a que resulte ser un comerciante o no. En este sentido, nos encontramos también ante una suerte de lista abierta, por lo que resulta indiferente la expresión concreta con la que nos refiramos a quien se encuentre perfeccionando algún acto de comercio. Esta justificación es la que nos permite, sin ningún problema, encajar dentro de la regulación del Código de Comercio a los actuales empresarios, sean del tipo que sean, y se consideren o no comerciantes, en el sentido gramatical del término.

Siguiendo la definición que nos ofrece la Real Academia Española de la Lengua, puede considerarse como comerciante a quien comercia, a la persona propietaria de un comercio, y también a la persona a quien son aplicables las especiales leyes mercantiles.

Respecto a qué puede entenderse como comercio, la Real Academia Española señala en este sentido que se trata de una compraventa o intercambio de bienes o servicios, que puede ser también referido a un conjunto de actividades económicas centradas en el comercio o, de la misma manera, una tienda, almacén o establecimiento de comercio, incluso el conjunto o clase de los comerciantes. Se incluyen otras acepciones del término, pero no resultan relevantes desde el punto de vista del Derecho.

1.2. Contenido sistemático

Entendemos como empresario a las personas físicas o jurídicas que, en nombre propio, organizan algún tipo de actividad económica, asumiendo tanto los derechos como las obligaciones derivadas de la misma. En este sentido, y aunque será desarrollado posteriormente, conviene señalar dos tipos distintos de empresario.

En primer lugar, encontramos el empresario o comerciante individual, que son aquellas personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio –es decir, poseen la aptitud legal para ser titulares de derechos y de obligaciones–, se dedican a él de manera habitual.

En segundo lugar, se encuentran los empresarios sociales. En esencia, las sociedades mercantiles que se constituyen con arreglo a la ley, y que pueden ser de muy diversos tipos.

Además del propio Código de Comercio, que regula la figura del empresario en los artículos 1 a 33, también existen diversas normas importantes en relación con el empresario, como por ejemplo, el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil – y que regula la figura ahora reseñada en sus artículos 81 a 93–, o el Real

Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entre otras.

Respecto al empresario, encontramos directamente relacionadas, por lo tanto, las normas que delimitan su estatuto –en particular, los deberes de registro y contabilidad que deben regir en su actividad profesional–, pero también otras de distinta naturaleza, como la responsabilidad del empresario o el Derecho de organización, por citar algunas.

Cuando nos referimos a estatuto del empresario, estamos aludiendo al conjunto de derechos, deberes y obligaciones inherentes a su figura, pero no es un concepto idéntico al Código Deontológico de la Abogacía, por ejemplo. En este sentido, no existe de manera específica un código así para el ejercicio de la actividad de empresario, aunque encontramos autores que han intentado establecer cuáles deberían ser las virtudes que todo buen empresario, idealmente, reuniría.

Así, siguiendo a Savater (2014), un buen empresario debería tener características como la audacia –si un líder no puede asumir riesgos, no podrá ser un buen empresario–; la capacidad de identificar un interés común entre los colaboradores –que motive, por tanto, las decisiones y las acciones de la empresa–; la prudencia –deben medirse los riesgos y adaptar las estrategias de la empresa para evitar perjuicios a la misma; responsabilidad –el empresario debe ser capaz de asumir los fracasos y buscar las mejores soluciones para todo su equipo de trabajo–; la eficacia –entendida como la capacidad de generar beneficios, satisfaciendo las necesidades de los consumidores–; la confianza –pues de ello dependerá el modo en que cree sus productos, preste sus servicios y administre su negocio, para el establecimiento de una relación lo más duradera posible con sus clientes; y finalmente, una ética de mínimos –entendida como los requisitos necesarios para que cada miembro o entidad de una comunidad pueda alcanzar su felicidad sin perjudicar en ningún momento al resto de la sociedad–.

A la actividad empresarial se asocian los distintos preceptos que regulan los instrumentos jurídicos necesarios para su realización, esto es, las obligaciones y los contratos mercantiles, así como los títulos valores. Del mismo

modo, también se encuentran asociadas a esta figura cuestiones como la libre competencia o el Derecho a la protección de los consumidores.

La tercera y última figura básica y fundamental del Derecho Mercantil, junto al empresario y la actividad empresarial, es la Empresa.

El primer problema que encontramos con la Empresa es su definición, pues el Código de Comercio no establece en ningún lugar qué debemos entender como tal. En ese aspecto, ha sido el Tribunal Supremo el que ha debido pronunciarse, configurándola como una unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva, integrada no solamente por determinados elementos singulares, sino también, por el elemento preponderante de la organización, fuente de dinamismo y creador en la esfera de la producción económica.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1994 (ROJ: STS 14895/1994), se pronunció en este aspecto, indicando, en su Fundamento de Derecho Tercero, que:

“(...) se destaca el concepto de empresa mercantil que se configura con una unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva, integrada no solamente por determinados elementos singulares sino también por el elemento preponderante de la organización, fuente del dinamismo creador y de la actividad en la esfera de la producción económica, rasgos o señas todas ellas de identidad que obligan a la organización empresarial, como tal unidad patrimonial, al cumplimiento de cuantas obligaciones le incumben, pues fácil sería en otro caso obtener por la ficción de un cambio meramente formal la extinción de obligaciones inequívocas, efecto no querido por la Ley (...)”.

Más recientemente, nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado también respecto al concepto de grupo de empresas, en Sentencia de 20 de junio de 2018 (ROJ: STS 2601/2018), indicando, en el Fundamento de Derecho Sexto, que:

“(...) recordemos una precisión terminológica que hemos efectuado en los tiempos recientes e indicativa de que “la expresión «grupo patológico» ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una

actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de «empresa de grupo» o «empresa-grupo», que resultaría así como el género del que aquél –el grupo patológico– es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros””.

Así, se distinguen entre la Empresa propiamente dicha (entendida como el aspecto subjetivo o la actividad realizada por el empresario) y el establecimiento (que sería el aspecto objetivo, siendo elementos singulares de carácter personal y real al servicio de la actividad).

A la dimensión objetiva o jurídico patrimonial de la Empresa se ligan los principios que permiten su tratamiento como conjunto organizado de bienes y la regulación de su transmisión, igual que el arrendamiento de inmuebles destinados a local de negocios y los bienes de propiedad industrial.

En suma, puede proponerse, siguiendo al profesor Bueno Campos (2011), la siguiente definición del concepto de Empresa:

“La Empresa es la unidad económica que combina los diferentes factores productivos, ordenados según determinada estructura organizativa, localizados en una o más unidades técnicas y físico-espaciales y dirigidos sobre la base de cierta relación de propiedad y control, con el ánimo de alcanzar unos objetivos, entre los que destaca el beneficio empresarial”.

Son elementos constitutivos de la Empresa los bienes muebles e inmuebles – sean locales, almacenes o vehículos de reparto, entre otros posibles–, los derechos reales y de crédito –préstamos o de cualquier otro tipo–, así como la propiedad industrial –patentes, modelos de utilidad o industriales–, la propiedad comercial y las relaciones de puro hecho –las existentes con los clientes, así como los servicios del personal y las expectativas de ventas–.

Respecto a la Empresa, pueden destacarse algunas normativas propias, como la Ley 24/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en sus artículos 29 y siguientes, o la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y sin prenda de desplazamiento de posesión.

Además, otras cuestiones, como el arrendamiento de empresa, se encuentran recogidas en el Código Civil –concretamente en este caso, en el artículo 1546 y siguientes–, o en este mismo cuerpo legal y en el Código de Comercio, como las referidas a la transmisión de empresa –de este modo, los artículos 5 y 325 del Código de Comercio regulan esta cuestión, haciendo lo propio los artículos 1056.2, 1271.2, 1406.2 y 1445 y siguientes del Código Civil.

2. Fuentes del Derecho Mercantil

Vamos a seguir la clasificación reconocida unánimemente por la doctrina española, de modo que no existe debate alguno respecto a la clasificación, o no, de los siguientes elementos analizados, en lo relativo a esta cuestión.

2.1. Fuentes normativas

Las fuentes del Derecho Mercantil se encuentran relacionadas en el artículo 2 del Código de Comercio. Así, se establece en primer lugar la preponderancia del propio Código de Comercio, tanto en el caso de que los realicen los comerciantes o no –no olvidemos, en este sentido, que se entiende que los empresarios se encuentran en esta categoría–. En caso de que este cuerpo legal no regule la disposición concreta, se aplicarán los usos del comercio propios de cada lugar. Si tampoco estuvieran regulados en él, se seguirán las normas del Derecho común.

No obstante, el artículo 50 del Código de Comercio antepone el Derecho común a los usos del comercio, en lo respectivo a los requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes. El artículo se encuentra dentro del Título IV, titulado *Disposiciones generales sobre los contratos de comercio*.

Esta contradicción debe salvarse entendiendo que la primacía del Derecho común respecto a los usos del comercio en el ámbito de la contratación mercantil rige únicamente cuando se incluya normas de carácter imperativo, no meramente de carácter dispositivo.

Finalmente, en lo relativo al artículo 2 del Código de Comercio, únicamente está refiriéndose a los actos de comercio, no a otras cuestiones relativas al Derecho Mercantil. Esto supone, por lo tanto, que no resulta de aplicación a las distintas materias de carácter mercantil que no sean actos de comercio, como ocurre, por ejemplo, con el Registro Mercantil (Gallego Sánchez, 2017, p. 14).

2.2. La Ley mercantil

En materia de Derecho Mercantil, encontramos varias normas que se encargan de la regulación de todas las cuestiones pertinentes. En este sentido, y de manera amplia, vamos a entender al respecto toda norma escrita de carácter general, emanada del poder soberano del Estado, cualquiera que sea su rango o categoría.

En primer lugar, debe citarse el Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885. Su rango normativo, no obstante, no resulta superior al de cualquier otra Ley mercantil, aunque dispone de un carácter y significado singular dentro de la normativa mercantil, actuando además de manera supletoria en defecto de normativa específica.

El actual Código de Comercio se inspira fundamentalmente en el anterior, de 30 de mayo de 1829, y derogado con la entrada en vigor del texto legal de 1885. La principal motivación para la aprobación del actual Código se fundamentó en la incapacidad del anterior de dar respuesta a las exigencias del tráfico mercantil de la época, que se encontraba en permanente evolución.

Precisamente, el objetivo de adaptación a los nuevos tiempos que implicó un nuevo Código de Comercio en el año 1885 resulta un escollo difícil de difícil justificación respecto a la posibilidad de que todavía no exista un nuevo texto legal de base en materia mercantil, puesto que la evolución continúa siendo constante e, incluso, mayor y más rápida cada vez.

En esta ocasión, sin embargo, el legislador no ha optado por la elaboración de un nuevo Código de Comercio, sino que la tónica dominante de las últimas décadas consistió en tareas de descodificación –esto es, en la

aprobación de varias leyes especiales que regulan materias específicas—. Actualmente está siguiéndose la tendencia inversa, en un proceso de recodificación, en el que se inserta por ejemplo la última modificación del Código de Comercio. En el mismo sentido, desde hace tiempo existe la intención de una nueva redacción de este texto legal.

Respecto a las competencias, como es bien sabido, en nuestro país, tienen competencia legislativa tanto el Estado como todas las Comunidades Autónomas. En este sentido, algunas han optado por un mayor número de competencia que otras.

Habitualmente, la capacidad de las Comunidades Autónomas para regular respecto a una materia se encuentra definida a la perfección, pero no siempre ocurre esto así. Es, precisamente, el ejemplo del Derecho Mercantil, pues han existido diversos problemas respecto a la competencia o no de las Comunidades Autónomas en alguna materia concreta.

En materia mercantil, la Constitución Española establece, en su artículo 149.1.6^a, que nos encontramos ante una competencia exclusiva del Estado.

No obstante, la imprecisión técnica de la Constitución Española, en algunas materias, entre las que debe incluirse la temática mercantil, en la que no se limitan específicamente sus fronteras, ha permitido que las Comunidades Autónomas legislen al respecto y también ejecuten la normativa estatal. En este aspecto, las Comunidades Autónomas han legislado en materias relativas a la banca, los seguros o disposiciones relativas a la propiedad industrial.

En lo relativo al Derecho comunitario, la adhesión de España a la Unión Europea, producida en 1986, obligó al legislador nacional a someterse a un intenso proceso armonizador, para alcanzar una normativa lo más semejante posible en los Derechos nacionales del resto de países miembros de la Unión.

Los instrumentos normativos de los que se vale el Derecho comunitario, considerado en la actualidad a todos los efectos como Derecho interno, son en esencia, dos distintos; los Reglamentos –normas de directa aplicación en el territorio español desde el momento de su aprobación por la Unión Europea– y las Directivas –requieren de transposición–.

La legislación comunitaria resulta, a todos los efectos, entendida como Derecho interno. Esto se produce, tanto en materia de carácter mercantil, como en cualquier otro campo del Derecho.

En cambio, en lo que respecta a la legislación mercantil, en el ámbito internacional –y constituida por los Convenios internacionales–, únicamente se incorpora al ordenamiento nacional en virtud de un puntual, específico y explícito reconocimiento por parte del Estado, tal y como señalan los artículos 96.1 de la Constitución Española, y 1.5 del Código Civil.

Debe indicarse, al respecto del Derecho internacional, que se encuentra caracterizado un ámbito de aplicación de carácter subjetivo. Es decir, que únicamente se aplican cuando existe un elemento internacional, que normalmente será la distinta nacionalidad de las partes de la relación. No obstante, pueden ser otras características de la relación jurídica, como la existencia de un transporte internacional –entre empresas, incluso, que pertenezcan a un mismo país–.

En lo que respecta al contenido del Derecho Mercantil internacional, pueden distinguirse dos tipos de normas distintas; la de carácter conflictual, y las de índole material.

Nos referimos a normas de carácter conflictual como aquellas normas de conflicto, es decir, los preceptos que no disciplinan directamente la relación concreta de la que se trate. En este aspecto, se limitan a indicar cuál es el ordenamiento jurídico estatal que debe regularla, pero no proponen ninguna solución, sino simplemente la norma aplicable. Fueron, cronológicamente, las primeras en aparecer.

En cambio, cuando aludimos a normas de índole material, estamos refiriéndonos a las que pretenden la unificación y armonización gradual de las normas materiales. Por lo tanto, en lo relativo a estas normas, deben destacarse los esfuerzos de unificación material legislativa efectuados por UNIDROIT –Instituto Internacional para la Unificación del Derecho– y los de Naciones Unidas, mediante UNCITRAL –Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional–.

2. EL USO MERCANTIL, LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y EL CONSUMIDOR

SUMARIO: 1. El uso mercantil / 2. Las condiciones generales de la contratación / 3. El consumidor Referencia al derecho de consumo

1. El uso mercantil

El uso mercantil –o de comercio– surge por la observancia repetida, uniforme y constante de una práctica o conducta determinada de los empresarios en sus negocios. Estos usos mercantiles pueden, en la práctica, ser normativos o interpretativos.

En este aspecto, entendemos que se produce la aparición de los usos normativos cuando a la práctica repetida y uniforme, se une la convicción general de que tal práctica constituye una norma jurídica.

Por tanto, estamos realmente refiriéndonos a la aplicación del uso de la costumbre en materia mercantil. Se está requiriendo, como se ha indicado, una práctica repetida y uniforme, pero no basta con que durante determinado período de tiempo se esté aplicando esta misma solución –entiéndase, siempre, en defecto de normativa legal aplicable–. Sino que se exige mucho más, pues no es aceptable que, si se producen en veinte años, doce casos problemáticos del mismo tipo, se aplique esta solución a la mitad o un tercio de ellos –o, incluso, dos tercios–, pero no al resto. Con práctica repetida está señalándose que no basta con ir aplicándolo a algunos, sino que todos los casos similares resulten solventados con la aplicación del mismo procedimiento.

Y no únicamente esto, sino que también se exige que, además de repetida, la solución resulte uniforme.

Además, se exige un tercer y último requisito, de carácter cumulativo con los anteriores. No resulta suficiente con que se aplique de manera repetida –esto es, siempre– el procedimiento concreto, ni que se alcance la misma solución en idénticas circunstancias. También debe existir, y esto es una cuestión de carácter mucho más subjetivo que las anteriores, y de más compleja prueba, la convicción general –por tanto, en la mayoría de la población del territorio en que se aplica esta solución, sin llegar realmente a exigirse la práctica totalidad, pero sin especificarse concretamente a qué porcentaje exacto corresponde lo que debe entenderse como generalidad– de que esa práctica constituye una norma jurídica. Es decir, que la mayor parte de la sociedad, lugar o territorio donde se aplica esta solución tiene la convicción de que no es una opción, sino una consecuencia jurídica a algún comportamiento determinado.

Se trata de una fuente supletoria que se aplica en defecto de Ley mercantil, salvo en materia de requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción de contratos mercantiles y de capacidad de los contratantes; es estos supuestos, prevalece el Derecho Común imperativo.

Por su parte, el uso interpretativo es un simple medio de interpretación contractual, cuya finalidad resulta variada, pudiendo ser declarativa o integrativa. En relación a ello, cuando se procede a la realización de una interpretación de carácter declarativo, está buscándose averiguar qué es lo que las partes han querido realmente, si es que en algún caso esto resulta posible. En lo respectivo a una interpretación integrativa, se desconoce la voluntad de las partes, y, por lo tanto, no resulta posible el conocimiento de lo que, razonablemente, querían.

No nos encontramos, en este caso, ante ningún tipo de fuente del derecho. Es decir, no existe ninguna norma de carácter genérico que sirva de aplicación a cualquier problema que acaezca, sino que realmente lo que está ocurriendo es que entra a disciplinar una determinada relación jurídica en la medida en que se presume que ha sido querido por las partes.

1.1. La nueva “*lex mercatoria*”

Esta nueva “*lex mercatoria*” se produce como resultado de la lenta unificación legislativa internacional. No obstante, sí debe indicarse que, progresivamente, va alcanzándose una mayor uniformidad en la materia.

Hasta cierto punto, de manera *espontánea*, ha surgido un Derecho autónomo del comercio internacional, que ha sido el responsable y principal artífice de la consecución de cierta uniformidad en la materia, desconectándose de todo ordenamiento jurídico de carácter nacional.

Esta nueva, y actual, “*lex mercatoria*” se ha encontrado especialmente potenciada en su aparición por el auge y expansión del arbitraje comercial internacional.

Esta nueva “*lex mercatoria*”, por tanto, se encuentra constituida por los usos comerciales internacionales, así como por los contratos tipo y condiciones generales elaborados por las asociaciones mercantiles profesionales y organismos internacionales.

Su importancia, no obstante, está menos relacionada con el número de reglas y la amplitud del campo abarcado que con la precisión y el fácil y sencillo conocimiento de las mismas por los empresarios, resultando normas mucho más accesibles y adecuadas al funcionamiento diario del Derecho Mercantil en muchos aspectos.

2. Las condiciones generales de la contratación

Entendemos, como condiciones generales de la contratación, al conjunto de cláusulas que, habiendo sido redactadas con la finalidad de pasar a formar parte de una pluralidad de contratos, se incorporan a estos contratos por imposición de una de las partes. Se refiere, a esta definición, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

En esta situación, lo que está produciéndose es la adhesión al contrato, con una serie de cláusulas determinadas por la parte más fuerte, que será la responsable de la redacción de las mismas, y quien las impondrá a la

contraparte. Nos encontramos, por lo tanto, frente a lo que viene en denominarse por la doctrina contratos-tipo, o contratos de adhesión.

Bajo nuestra opinión particular, no consideramos que deban ser utilizados como sinónimos –aunque en ocasiones la doctrina así lo hace– los conceptos de contrato de adhesión y contrato con condiciones generales, puesto que, con base a la norma y parte de la doctrina, puede establecerse diferenciación entre ellos.

El contrato de adhesión sería aquél que no permitiera modificación alguna en su redacción, el típico contrato ya redactado que no ofreciera ninguna posibilidad de negociación en el que el consumidor o adherente se limitase a incluir sus datos personales, cuantía del importe de la negociación y su firma. En cambio, en el contrato con condiciones generales de la contratación, si bien existirían algunas cláusulas tipo que impedirían negociación alguna, las dos partes sí podrían convenir otros aspectos del contrato que, si bien no serían los principales, sí ofrecerían posibilidad de modificación.

Esto sería compatible con la definición de contrato de adhesión de Laruz Berdejo (2003), pero también con la definición de contrato con condiciones generales que ofrece la Ley de condiciones generales de la contratación en su artículo 1, cuyo segundo apartado permite la posibilidad de negociación de alguna cláusula de este tipo de contrato, sin que pierda la condición de contrato con condiciones generales.

La clasificación de un contrato en un tipo u otro, en ese caso, dependería de la capacidad negociadora que hubiera tenido el consumidor, dado que la posibilidad de negociar alguna cláusula en un contrato de adhesión implicaría que no estaríamos ante un contrato puro de adhesión, pero podría seguir siendo considerado contrato de adhesión.

Esta posibilidad la señala la propia la Ley 7/1998, en su artículo 1.2, al indicar que si esta apreciación global nos lleva a la conclusión de encontramos frente a un contrato de adhesión, efectivamente así será. En definitiva, todo contrato de adhesión lo sería también de condiciones generales, por incluirlas en su redacción, pero no todo contrato de condiciones generales sería

del tipo de adhesión, puesto que no descarta la posibilidad de que los contratantes negocien algún aspecto del contrato.

Lete del Río (2005, p. 495) destaca que en la actualidad se utilizan estos conceptos como sinónimos, señalando que

“en la actualidad condiciones generales de los contratos, contratos tipo, contratación en masa o contrato de adhesión aluden al mismo fenómeno”.

Por su parte, Lacruz Berdejo (2003) parece tratarlos igualmente como sinónimos, a pesar de dedicar un subepígrafe distinto en su libro a cada uno de ellos. Cuando se refiere a contratos de adhesión, el autor ofrece una definición, considerando que se llama

“contrato de adhesión aquél que se propone la aceptación de una gran masa de público, fijando el proponente las condiciones mediante una fórmula que impone a los posibles aceptantes, de modo que a éstos no les queda sino aceptar o rechazar el modelo que se les ofrece, y a veces ni eso”.

Respecto al contrato de condiciones generales, el autor no ofrece definición concreta, pero, cuando inicia el subepígrafe dedicado a este tipo de contratos, habla del consumidor como del *“adherente”*, concepto que sólo parece adecuado si considera al contrato de condiciones generales de la contratación como un contrato de adhesión.

La jurisprudencia ha tratado también casos en los que resultaba importante la diferenciación entre las condiciones generales y el clausulado de los contratos de adhesión. Por ejemplo, se considera válida la imposición de subrogación en el préstamo hipotecario cuando esta cláusula esté contenida en un documento anexo al contrato, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005 (ROJ STS 3618/2005).

Este tipo de contratos con condiciones generales son utilizados muy frecuentemente en la actualidad, puesto que constituyen un mecanismo de contratación mercantil en serie, utilizado por grandes empresas, como las bancarias o telefónicas, entre otras.

La existencia de estas cláusulas no implica que, automáticamente, nos enfrentemos a algún tipo de práctica abusiva, sino que deviene por la propia lógica del mercado. Una gran compañía, que perfecciona cientos, o miles de contratos al día, no puede avenirse a negociar con todos y cada uno de sus clientes.

Algunos autores prácticamente asimilan la idea de la existencia de contratos de adhesión, o de condiciones generales de la contratación, a la producción de cláusulas abusivas, cuando realmente lo uno no implica obligatoriamente lo otro, ni se produce siempre. En este aspecto crítico –si bien es cierto que su posición se expresa en 1993, y parte de la necesidad de solicitud de una normativa específica–, encontramos la posición de Ugarte Tundidor (1993), bastante polarizada y expresándose en los siguientes términos:

“Nadie desconoce que, en el moderno tráfico mercantil, buena parte de los contratos se instrumentan en formularios–tipo que contienen una serie de condiciones generales, unilateralmente impuestas por una de las partes desde una situación de privilegio, y a las que la otra debe adherirse necesariamente si quiere contratar. En otras palabras: No sería imposible definir los contratos de adhesión como aquellos en los que una de las partes, cuya libertad contractual se reduce a la mínima expresión imaginable, debe someterse a todas las estipulaciones previamente redactadas por la otra, de manera que la única manifestación de su voluntad contractual consiste en la firma del contrato y la consiguiente automática asunción del hermético y preordenado condicionado del mismo. La libertad contractual queda reducida a la libertad de contratar o no hacerlo, como simple facultad alternativa que puede resultar excesivo denominar como libertad contractual, del mismo modo que puede entenderse como generoso titular de pactos o estipulaciones a las referidas condiciones generales de la contratación, cuya razón de ser consiste, precisamente, en la ordenación interesada del sinalagma en cuanto a sus efectos, mediante la eliminación del mismo en el momento de la creación de las obligaciones”.

En la práctica diaria, resulta más sencillo imaginarse la contratación de algún tipo de billete de transporte terrestre. La compra, o utilización de un billete de autobús urbano o metro, no implica entre las partes ninguna negociación. Simplemente, el usuario acepta las condiciones estipuladas en el contrato que,

en este caso, es el billete. O, mejor dicho, el billete hace las veces de prueba de contratación, mientras que las condiciones generales se encuentran recogidas en la actualidad, bien en la página web de la compañía prestataria del servicio, o en un texto impreso y visible en el transporte utilizado para el desplazamiento.

2.1. La exclusión de las fuentes del derecho

Ninguna característica de las condiciones generales de la contratación invita a la consideración, por otra parte, de que supongan fuente autónoma del Derecho mercantil. Su fuerza viene determinada de manera exclusiva por el contrato. Resultan aplicables, por lo tanto, por el principio de autonomía de la voluntad de las partes –recogido en el artículo 1255 del Código Civil–, configurándose como esencia de la libertad de los contratantes.

Además, en virtud de una interpretación favorable a la defensa de la parte más débil –consumidor o persona jurídica cuya capacidad negociadora en la perfección del contrato no exista o apenas resulte posible–, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ha establecido unos mecanismos de protección respecto a estas cláusulas, como las recogidas en los artículos 5 –cuándo se entiende que se han incorporado al contrato–, o los artículos 7 y 8 del mismo cuerpo legal –cuándo se entiende que no están incorporadas al contrato, o en qué casos devienen nulas–.

Al respecto de lo que aquí nos ocupa, debe referirse que la letra pequeña de los contratos no puede, desde 2013, ser inferior a 1´5 milímetros de tamaño y que, además, debe ser legible. Para ello, el legislador ya exige que las letras que se utilizaban anteriormente, en color amarillo claro sobre fondo blanco, no puedan emplearse. En la actualidad, se exige que el color de la letra contraste claramente con el color de fondo del papel, para facilitar su lectura. Se pronuncian, a este respecto, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

En alguna ocasión, no obstante, estas condiciones generales son impuestas por el Estado, derivando entonces su fuerza obligacional de la disposición legal que en la que se contengan. Confirma este aspecto la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, al indicar, en su artículo 4, que no resulta de aplicación a aquellos contratos en los que las condiciones generales vengan determinadas por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes.

2.2. Las cláusulas abusivas

Resulta, además, muy importante la diferenciación entre las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas.

Por término general, todas las condiciones generales de la contratación, técnicamente, pueden ser cláusulas abusivas –respecto al hecho de que no han sido negociadas por las partes, lo que implica que no ha existido negociación y que, por tanto, únicamente uno de los contratantes ha intervenido en su redacción.

Además de esto, las cláusulas abusivas pueden ser condiciones generales de la contratación. No obstante, y a pesar de lo expresado con anterioridad, existe una muy importante diferencia entre unas y otras.

Se entiende, como cláusula abusiva, aquella en la que la contraprestación entre las partes no es recíproca –ni semejante–, sino que otorga una clara ventaja a una de las partes –en general, será a la parte fuerte, la que se ha encargado de la redacción del contrato–.

Por lo tanto, para la consideración de existencia o no de abusividad, tiene que producirse un menoscabo en los derechos de la parte que no intervino en la redacción del contrato –de hecho, si nos encontramos en el supuesto contrario, en el cual quien es la parte débil y no redactó el contrato es el beneficiado, no existirá este problema–. En este sentido, se entiende como reciprocidad que las obligaciones, derivadas de algún tipo de acción en un sentido u otro, no resulten semejantes.

Respecto a la no reciprocidad, como ejemplo, puede destacarse algunos contratos de cláusulas suelo en materia de adquisición de vivienda, que ya fueron en múltiples ocasiones consideradas como abusivas.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, se explica –además de ser la Sentencia que establece inicialmente la abusividad de las cláusulas suelo– cuándo nos encontramos ante una cláusula que no resulta equitativa.

La información relativa a las cláusulas suelo, por ejemplo, no resultó demasiado cierta en función de lo contado por los medios de comunicación. Realmente, el Tribunal establecía la abusividad de estas cláusulas siempre y cuando no existiera también una cláusula techo que sirviera de contrapunto.

Además, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece en su artículo 10 la irrenunciabilidad de los consumidores a estos derechos, en lo respectivo a las cláusulas abusivas.

La búsqueda de la defensa de los consumidores, tanto respecto de las cláusulas abusivas como en cualquier otra práctica ilícita realizada por las empresas, entronca directamente con la cuestión de la protección de estos consumidores.

3. El consumidor. Referencia del derecho de consumo

Resulta muy complejo, en la actualidad, establecer la definición de quien debe ser considerado como consumidor. La noción de consumidor es diferente en la normativa europea –que incluye únicamente a personas físicas– y española –que también incluye a personas jurídicas–.

No obstante, la propia legislación española ofrece distintos puntos de vista respecto al concepto.

Para facilitar al lector la toma en consideración de una definición concreta de consumidor, debe recomendarse atender a la recogida en el artículo

3 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Mayor debate ha existido, respecto al concepto de consumidor, en la doctrina francesa, que recogemos aquí a modo de información. En principio, como señalan varios autores –como Dupichot y Calais–Aulay–, el Derecho francés no recogía definición alguna en el *Code de la consommation* respecto a quién debía ser considerado como consumidor. Debido a esta ausencia de definición, la doctrina francesa intentó solventar esta carencia.

Desde los primeros coloquios importantes organizados sobre el Derecho de consumo se buscó una definición aceptable de consumidor, imponiéndose la ofrecida por Cornu, que indicaba que “*el consumidor es el comprador no profesional de bienes de consumo destinados a su uso personal*”.

Calais–Auloy (2010), por su parte, proponía que el consumidor debía ser definido como la persona física que obtiene o utiliza un producto o servicio con una finalidad no profesional. También existe otra concepción del término, en la que el concepto de consumidor comprende a:

“todo prestatario no profesional de servicios provistos por un profesional” y, en un sentido más amplio, *“engloba en sentido extensivo a los ahorradores y a quienes acceden a la propiedad (con ocasión de operaciones inmobiliarias)”*.

Esta definición ha sido extraída, al igual que la anterior, del *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu (1973).

En concreto, el Vocabulario jurídico ofrece tres definiciones del concepto de consumidor, de las que ya hemos visto la primera y la última. La segunda consideraba que se trataba de un consumidor “*todo beneficiario no profesional de servicios prestados por profesionales (seguros, publicidad, viajes, consultoría)*”.

Por último, existían autores que consideraban el concepto de consumidor como indeterminado, como es el caso de Ferrier.

No obstante, nos hemos referido a todos los autores en pasado, así como a la ausencia de definición del concepto, porque este problema ya ha

sido solventado con la introducción de un artículo preliminar en el *Code de la Consommation*. De este modo, el concepto de consumidor queda definido en Derecho francés de la siguiente manera:

“En el sentido de este Código, se considera como un consumidor toda persona física que actúa con fines que están fuera del ámbito de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”.

Para consultar algunas definiciones propuestas por la doctrina con anterioridad a la aprobación del *Code de la consommation*, al margen de las reseñadas en estas páginas, el lector puede consultar, entre otras, las proposiciones de Ghestin, J. (1993); Malinvaud, (1981); Mestre, (1979, p. 62) o Picod (2007).

Volviendo al Derecho de consumo y a nuestra legislación nacional, la Constitución Española garantiza que los poderes públicos protejan a los consumidores y usuarios, como refleja el artículo 51 de este cuerpo legal. Debe señalarse, no obstante, que no puede considerarse específicamente al conjunto de normas de protección de los consumidores como una rama propia del Derecho pues, en esencia, se trata más de una política social. Se trata, en definitiva, de la protección de la salud y la seguridad personal de los intereses civiles del ciudadano, así como de los legítimos intereses económicos y sociales.

Sin embargo, los inicios del Derecho de consumo en España se remontan, en gran medida, al año 1981. La primera normativa aprobada en nuestro país respecto a la protección a los consumidores y usuarios fue la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –que fue sustituida por la actual normativa de 2007, ya referenciada con anterioridad.

El detonante, en España, para la aprobación de una norma referente a la protección de los consumidores era, efectivamente, la protección de la salud y los derechos de los mismos, pero fue concretamente un caso específico; el del aceite de colza.

El caso se produjo en 1981, afectando aproximadamente a 25000 personas y provocando más de 300 fallecidos. Se produjo un envenenamiento masivo por aceite de colza con fines industriales que se utilizó de forma fraudulenta y se vendió para consumo humano, cuando no era apto para este

destino. En 1989, la Audiencia Nacional condenó a 13 empresarios –de los 38 que fueron encausados–, con condenas que oscilaron entre los seis meses y los veinte años de prisión.

Antes de la aprobación de esta Ley, el Código Civil ya aludía a cuestiones de protección de las partes contratantes, pero sin distinguir entre la condición de una parte y otra. Concretamente, en sus artículos 1255 y 1256.

El caso prototípico de negociación en que el legislador estaba pensando durante la redacción del Código Civil era el de una negociación entre dos particulares, con una capacidad de negociación muy similar. La finalidad del Derecho de consumo es la misma que la perseguida por la teoría de la vinculación contractual, la protección del consumidor en cuanto que se trata de la parte más débil en la contratación.

Fabra Valle (1999) señala que la contratación en masa es un fenómeno que, prácticamente, se inició hace unas décadas, volviéndose hoy día algo normal y...

“vinculado a las modernas empresas con su clientela o usuarios, llegando a una estandarización de las cláusulas contractuales, prefijadas por el estipulante, que se sirve incluso de asesores jurídicos para su redacción”.

Por su parte, Pagador López (1999) pone en duda que antaño la negociación fuera del tipo de contratación individual.

En lo que respecta al ámbito europeo, en 1972 se procedió a la elaboración de un estudio sobre la Política de Protección a los Consumidores, realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE–.

El año siguiente, ahondando en la materia, fue el Consejo de Europa el que desarrolló un documento propio, en este caso, la Carta de protección a los consumidores. Las materias básicas que pretendían regular con esta Carta eran el derecho a la salud y la seguridad; la protección de los intereses económicos; el derecho a la información, y a una información veraz; audiencia, representación y participación; y el derecho a la reparación de los daños.

Poco después, en 1975, se aprobó por parte de la Unión Europea una resolución aprobada por el Consejo de Ministros, cuya finalidad era el establecimiento de un programa preliminar en la Unión Europea con el objetivo de la instauración de una política comunitaria de protección e información a los consumidores, denominado Programa Preliminar.

Su desarrollo, posterior en el tiempo, se produjo en el año 1981, con el llamado Segundo Programa, que abarcaba hasta el año 1986, mediante el cual se produjeron los primeros resultados de esta política de protección. Sin embargo, la verdadera consolidación de la política de protección de los consumidores se produjo en Europa en 1992, con el Tratado de Maastricht, en su Título XI, artículo 129A.

Desde este Tratado hasta la actualidad, se han aprobado varias Directivas y Resoluciones tendentes a la protección de los derechos de consumidores y usuarios, lo que deja claro que la legislación en este ámbito continúa desarrollándose y que la protección de los consumidores es una importante preocupación del legislador europeo.

La aparición de tal cantidad de normativas, tanto a nivel nacional como continental, deriva de la modificación del tipo de contratación que estamos experimentando, de la evolución de la misma. La negociación entre las partes ha desaparecido en muchos casos, como sucede en la adquisición de una vivienda o en la solicitud de un préstamo con garantía hipotecaria.

En la actualidad, lo habitual es que se produzca lo que conocemos como contratación en masa, que implica que en múltiples contratos no se produce la fase previa de negociación, tendiéndose a una estandarización de todos los contratos mediante la aplicación de unas reglas generales que la parte fuerte en la negociación –las grandes compañías– utiliza en la redacción del contrato. Los motivos que justifican esta práctica son la agilidad que ofrecen y la inexistencia de la necesidad de negociación particularizada de las condiciones con cada cliente, como señala la doctrina. En los tiempos actuales, no obstante, se entiende que la contratación en masa es completamente necesaria.

II. EMPRESARIO, EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

3. EL EMPRESARIO PERSONAL FÍSICA

SUMARIO: 1. La empresa / 2. El empresario

1. La empresa

En Derecho Mercantil, una de las figuras fundamentales de la materia es la empresa. Ahora bien, la definición de empresa, como veremos en las próximas páginas, no resulta sencilla, puesto que deben considerarse varios elementos importantes al respecto, existiendo, incluso, diferentes posicionamientos doctrinales.

Entendemos al empresario, y no específicamente a la empresa, como el titular de los derechos y obligaciones que la actividad empresarial genera.

En este aspecto, se considera empresario a quien ejercita una actividad empresarial. Como puede entenderse, el principal problema por el cual resulta imposible considerar a la empresa como figura principal es la incapacidad de la misma para responder de manera completa respecto a derechos y obligaciones, al tratarse de una persona jurídica. Serán, en definitiva, las personas físicas las responsables en último término de la gestión y actividades de esta persona jurídica. Por el momento, no resulta posible equiparar ambas cuestiones.

La existencia de posibles sanciones se recoge en la actualidad respecto a las empresas, como es el caso del ordenamiento jurídico español. El artículo 33.7 del Código Penal establece las penas aplicables en estos casos.

En este sentido sancionatorio a las empresas, en virtud de personas jurídicas, puede citarse a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2017 (ROJ: STS 3210/2017). En la Sentencia citada

resultaban condenadas seis empresas por un delito de blanqueo de capitales, a penas que oscilaban entre multas de cinco años –con una cuantía de 2000 euros diarios–, hasta la disolución, en el caso más grave –y estableciéndose otras condenas, como la suspensión de actividades y clausura de locales–. Penas previstas, todas ellas, como ha podido observarse, en el artículo 33.7 del Código Penal.

El artículo 1 del Código de Comercio, como se ha señalado en el tema anterior, no recoge específicamente la figura del empresario. Concretamente, el cuerpo legal habla de comerciante, puesto que en la época de redacción el mismo era la única figura que realizaba algún tipo de tarea similar, no existiendo el empresario como tal. Esto es así porque inicialmente el Derecho mercantil contemplaba de manera exclusiva a los comerciantes como sujetos de la actividad mercantil (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012, p. 199). En la actualidad, puede sustituirse una expresión por la otra, afectando de manera directa al empresario.

En lo concerniente al punto segundo del artículo primero del Código de Comercio, cuando alude a las compañías mercantiles o industriales, tampoco todos los tipos de empresas que existen en la actualidad ejercían ya su actividad cuando se aprobó el texto. A las empresas comerciales, es decir, a las que ejercen su actividad respecto a la distribución de bienes, se unieron con posterioridad las de producción de bienes y las de prestación de servicios. Todo ello, en suma, permite entender sin ningún problema ni género de dudas que el comerciante reflejado en el Código de Comercio era el empresario de antaño, y todo ello justifica perfectamente la aplicación de este cuerpo legal a los actuales empresarios.

1.1. Concepto económico de empresa

La empresa constituye, sin lugar a dudas, un fenómeno social en nuestros días. La presencia de importantes compañías, ya sean nacionales o internacionales, se nota en todos los aspectos de la sociedad y en la vida diaria.

Además, por supuesto, la empresa también se proyecta desde la ordenación jurídica. Desde este punto de vista –el económico–, entendemos la empresa como la actividad económica organizada de producción y distribución de bienes y servicios valorables económicamente, destinada a satisfacer necesidades humanas en el mercado.

El carácter económico o no de la actividad viene marcado en función a los distintos criterios de gestión adoptados en su desarrollo. Específicamente, se fundamenta en la racionalidad económica de su ejercicio, lo que se mide en términos de aprovechamiento óptimo de los factores de producción, de cuál es el coste y cuál el beneficio.

El principio de economicidad es el dato decisivo para la posible calificación de la actividad como económica y, por lo tanto, como constitutiva de empresa. La mera y simple creación de riqueza no se entiende como suficiente, exigiéndose que esta tenga lugar a costa de otra riqueza anterior, que quedará expuesta al riesgo de pérdida. Por lo tanto, el concepto de empresa es inherente a la idea del riesgo, entendido como la posibilidad de que los costes generados por el ejercicio de la actividad sean superiores a los ingresos que finalmente se obtengan de su explotación.

Además, la actividad constitutiva de empresa requiere, también, tratarse de una actividad de carácter organizado. Esto supone, por supuesto, que el empresario no realiza únicamente la función de la inversión inicial y los medios de producción y puede desentenderse de la compañía por completo. En este aspecto, se entiende que también resultará necesario que los coordine de la manera más racional y estable posible, siguiendo un plan previamente definido en relación a la función económica que persigan. Esto es, a la producción o distribución de algún tipo concreto de bien o servicio en el mercado.

Todo lo referido implica, por tanto, que los medios quedan vinculados, pues todos ellos formarán parte del funcionamiento de la empresa y el ejercicio de la actividad, lo que implicará la formación de una unidad de carácter económico y funcional que dispondrá de una estructura operativa única. Esto

permite que se entienda su configuración bajo un criterio de bien económico de carácter productivo unitario.

La finalidad de la empresa es la satisfacción de las necesidades de terceros –los consumidores, en esencia, o intermediarios que utilizarán sus productos para la fabricación de otros bienes distintos, lo que nos delimitará además la diferencia entre una compraventa de carácter civil mercantil– en el mercado, entendiendo como mercado el lugar donde se produce el encuentro entre la oferta y la demanda, respecto de cualquier tipo de bien o servicio.

Esta es la finalidad principal si obviamos, evidentemente y como se ha señalado con anterioridad, la obtención de beneficios. Al fin y al cabo, la satisfacción de las necesidades de los terceros es simplemente la vía para la consecución de beneficios. Esta cuestión, por lo tanto, visibiliza la función que realiza la empresa, la de intermediación.

1.2. Concepto jurídico de empresa

El concepto jurídico de la empresa sigue, evidentemente, algunas de las directrices marcadas por el económico, pero no se identifica con él, siendo dos conceptos distintos. Tanto la ciencia económica como el Derecho se encuentran gobernados por varios principios, pero responden a finalidades que también pueden considerarse diversas –el enfrentamiento, la diferencia, entre el *ser* frente al *deber ser*–.

Como se ha señalado en el tema anterior, carecemos de un concepto único de empresa. Muy al contrario, nos encontramos con diversas definiciones diseñadas en función de los criterios económicos que resultan más relevantes para cada sector del ordenamiento jurídico.

En este aspecto, nos encontramos con un concepto de empresa que es específico y particular, por ejemplo, del Derecho administrativo. Pero existe otro, diferente, para el Derecho fiscal, y otro distinto para el Derecho laboral, entre otros.

El que aquí nos interesa, por supuesto, es el concepto que resulta válido para el Derecho Mercantil. En él, pueden diferenciarse dos vertientes bien diferenciadas. Por un lado, la dimensión subjetiva –también denominada funcional– y, por el otro, la dimensión objetiva. A estas dimensiones ya hemos aludido en el primer tema, pero conviene profundizar en ellas llegados a este punto.

La dimensión subjetiva alude al ejercicio profesional de la actividad que resulta constitutiva económicamente de la empresa. Por lo tanto, puede traducirse esta actividad en la realización, por parte del titular de la misma –del empresario, se entiende–, de un indefinido conjunto de actos jurídicos, de muy diversa naturaleza, pero todos ellos coordinados y unificados entre sí en su plano funcional por la unidad de fin.

Respecto a la dimensión objetiva, se materializa en ella la actividad del empresario. Es en esta dimensión donde toma cuerpo y realidad la idea de la organización de los bienes, derechos y personas destinados a la persecución de un fin económico.

El problema que encontramos respecto a las dimensiones objetiva y subjetiva hoy día es, respecto a la doctrina, no existe una versión unitaria en lo concerniente a la apreciación independiente o no de la una y la otra. Así, encontramos dos posiciones diferenciadas, que pueden ser expresadas según los criterios seguidos por los profesores Broseta Pont y Fernández Novoa.

En el primer caso, el profesor Broseta Pont (2017) sostiene que existe un único concepto jurídico de empresa, de carácter unitario. Este concepto, en su opinión, no sólo es el mismo, sino que debe además también coincidir con el concepto económico de la misma, so pena en caso contrario de incurrir en el puro conceptualismo, que no aportaría nada a la materia en particular.

Siguiendo esta corriente, el profesor Broseta Pont (2017) establece que la negación, por una parte, de la doctrina, de un concepto jurídico de carácter unitario del concepto de empresa únicamente sirve para la confusión respecto al problema de este concepto y el de la naturaleza jurídica de la empresa. Concluye, por lo tanto, que existe un concepto unitario de empresa,

pero que la empresa no constituye una realidad dotada de naturaliza jurídica unitaria.

En lo que respecta al posicionamiento del profesor Fernández Novoa (2007), indica que no debe confundirse el concepto jurídico de empresa con el económico de la misma, puesto que la ciencia jurídica no puede copiar conceptos económicos, pues no resultan idóneos para su materia.

Por lo tanto, el autor entiende que existe un concepto jurídico unitario de la empresa que, sin perder su unidad, ofrece tres aspectos o dimensiones distintas –dimensión subjetiva o dinámica (que entiende que la empresa es la actividad del propio empresario); dimensión objetiva o estática (la empresa constituye un bien inmaterial resultado de la actividad del empresario); y dimensión interna o personal (considerando en este aspecto la empresa como una comunidad de personas formada por el empresario y sus trabajadores).

Por su parte, Gierke, de nacionalidad alemana, considera que:

“la doctrina debe postular un concepto jurídico que, partiendo del económico, defina y comprenda a la empresa en forma unitaria, postulando un concepto que resulte válido y aplicable para todas las disciplinas jurídicas”.

2. El empresario

2.1. Concepto

No existe un único empresario, sino que hay diversos tipos. Podemos encontrarlos, entre otros, empresarios individuales, pero también los profesionales liberales –como pueden ser, por ejemplo, los abogados–, y los empresarios que son persona jurídica.

Como ya sabemos, entendemos como empresario a quien ejerce una actividad empresarial. Es el empresario, y no la empresa, el titular de los derechos y obligaciones que esta actividad genera. A las empresas comerciales, esto es, a las dedicadas a la distribución de bienes, se unieron con posterioridad las de producción de bienes y las de prestación de servicios. Todo ello

permite que se entienda que el comerciante de antaño, el recogido en el Código de Comercio, es el empresario de la actualidad –tal y como también se ha reseñado con anterioridad–.

Empresarios son también, además, las organizaciones a quienes la Ley atribuye esta condición, independientemente de que ejerciten o no actividades empresariales, lo que sucedería, por ejemplo, en el caso de las Sociedades Anónimas o Sociedades Limitadas.

2.2. Clases de empresarios

Pueden distinguirse tres tipos distintos de empresarios, que veremos de manera pormenorizada a continuación. Estos tipos son los profesionales liberales, los empresarios individuales, y los empresarios persona jurídica.

2.2.1. Profesionales liberales

La primera categorización que vamos a estudiar, dentro de los empresarios, son los profesionales liberales. En este caso, comparten con los empresarios la realización de una actividad económica, destinada a la prestación de servicios. Pero existe una diferencia fundamental respecto a los empresarios, y es que se ha entendido, tradicionalmente, que la organización requerida para la realización de esta actividad era inferior, así como la complejidad, que la que precisan los empresarios.

Además, los profesionales liberales carecían, históricamente, de ánimo especulativo, ejerciendo su profesión únicamente para la atención al sustento particular necesario y el de su familia (Gallego Sánchez, 2017, p. 25).

Únicamente tendrán la consideración de empresarios si el tipo social que adoptan en la realización de su profesión es mercantil. Además, los profesionales liberales serán personas con estudios superiores –universitarios–, que ejerzan la actividad para la que están cualificados en virtud de sus estudios.

La Ley de Sociedades Profesionales permite la constitución de sociedades para el ejercicio común de actividades profesionales, con arreglo a cualquiera de las formas societarias –que veremos más adelante– prescritas en las

leyes, tal y como recoge su artículo 1.2. Además, el propio artículo 1 establece la definición de lo que debe entenderse como sociedades profesionales.

2.2.2. Empresarios individuales

2.2.2.1. Caracterización. Adquisición y pérdida de la condición de empresario

Consideramos, como empresario individual, a la persona natural que ejercita en nombre propio, por sí o por medio de representante, una actividad constitutiva de empresa. Para la adquisición de esta condición únicamente se precisa tener capacidad de obrar y ejercer profesionalmente la actividad constitutiva de empresa.

Para el ejercicio de la actividad no se requiere ninguna titulación académica o profesional, como tampoco resultará precisa la presentación ni obtención de certificado o documento alguno, excepto en casos específicos, como los relacionados con el área de la salud.

No obstante, sí debe realizarse un trámite obligatorio, como es la inscripción en el Registro Mercantil –cuya razón de ser, importancia y funcionamiento se verá más adelante–. Para esta inscripción, además, deberá presentarse acreditación de haber solicitado la declaración de comienzo de la actividad profesional ante la administración tributaria, tal y como señala el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil.

Además, se considera que ostentan la capacidad legal para el ejercicio del comercio las personas mayores de edad que tengan libre disposición de sus bienes, tal y como señala el artículo 4 del Código de Comercio.

Por lo tanto, carece de la capacidad de ejercicio del comercio tanto los menores como los incapacitados, ya se encuentren sometidos a tutela o curatela. En el mismo sentido, tampoco los emancipados tienen la posibilidad de ejercer el comercio, pues aunque rigen su persona y sus bienes como si fueran mayores de edad, no cumplen con todos los requisitos exigidos, porque no tienen la libre disposición de sus bienes. Y es que, en lo referente a los emancipados, no cumplirán esta exigencia hasta que no alcancen la mayoría de edad pues, entre otras cuestiones, no podrán tomar dinero a préstamo, ni

gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles, entre otras, como señala el artículo 323 del Código Civil.

Existe una excepción a esta regla general. En virtud del principio de continuidad de la empresa, se permite que los menores de edad o incapacitados puedan continuar con el comercio que hubieran ejercido sus padres o causantes, por medio de sus guardadores –representantes legales–, según recoge el artículo 5 del Código de Comercio.

El Código de Comercio presume el ejercicio de una actividad constitutiva de empresa cuando la persona que se proponga ejercerla anuncie por diversos medios –como circulares, periódicos, carteles u otros, que indica convenientemente en su texto–, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación de carácter mercantil, tal y como recoge el artículo 3.

El artículo 1.1º del Código de Comercio, por su parte, exige que la actividad sea habitual, aunque parece ser un requisito de carácter superfluo. Sería así porque, en esencia, la habitualidad puede entenderse como algo imprescindible en el ejercicio de una actividad dedicada al comercio –la contraposición, de hecho, sería una afición, puesto que el ejercicio del comercio es una actividad de carácter profesional–.

Respecto a la pérdida de la condición de empresario, esta puede producirse de dos maneras distintas. La primera será de forma voluntaria, por cualquier motivo comprendido es una decisión personal al respecto –ya sea jubilación, hartazgo del ejercicio de la profesión, o cualquier otro–. La segunda será de manera involuntaria, lo que implica, como su propio nombre indica, que no se produce por decisión de quien ostentaba la condición de empresario. En este segundo apartado, caben supuestos como el fallecimiento o la incapacitación.

2.2.2.2. Prohibiciones e incompatibilidades

A pesar de la regla general ya reseñada, respecto a quién puede considerarse empresario, existen supuestos en los que, incluso cumpliendo todos los requisitos necesarios, no resulta posible ostentar esta condición. Así, incluso gozando de capacidad plena, hay personas a quien el ordenamiento jurídico

prohíbe el desarrollo de cualquier tipo –o de algunos tipos– de actividades mercantiles, bien por razones de interés público, o por interés privado del beneficiario. Estas prohibiciones a las que nos referimos pueden ser de dos tipos; absolutas o relativas.

Las prohibiciones absolutas, recogidas en el artículo 13 del Código de Comercio, afectan a aquellas personas que, bien por disposiciones especiales o por leyes, tienen vetado el ejercicio de cualquier tipo de actividad empresarial, en el conjunto del territorio nacional.

Respecto a las prohibiciones relativas, se encuentran recogidas en el artículo 14 del Código de Comercio. En este caso, impiden a ciertas personas el desarrollo de la actividad empresarial en un ámbito territorial concreto, en el que los sujetos afectados realicen sus funciones, o simplemente respecto a determinadas actividades concretas. Dentro de este tipo, podemos encontrarnos a los profesionales que ejercen las tareas de jueces, fiscales o magistrados, por ejemplo, tal y como recoge la redacción del propio artículo.

La excepción que dispone el artículo 14 del Código de Comercio, en su apartado primero, afecta a todos los alcaldes, Jueces y Fiscales municipales, pero también, como puede observarse, a quienes de manera accidental realicen las funciones de Juez o Fiscal. Evidentemente, esta accidentalidad no se deberá en ningún caso al azar, sino que está refiriéndose el artículo, debe entenderse, a la figura de los suplentes.

Otra cuestión importante es la posibilidad de que los alcaldes ejerzan sin problema alguno la actividad económica. No parece la mejor opción, pues el permiso, entendemos desde estas líneas, no tendría que ser genérico para todas las personas que ostenten este cargo, sino específico para la determinación de quiénes sí, y quiénes no. En este aspecto, tal vez resultaría más adecuada la categorización en función del sueldo percibido, o de la cantidad de población de la ciudad o pueblo sobre el que esté ejerciéndose la alcaldía.

También nos encontramos frente a prohibiciones relativas en aquellas que afectan a los socios colectivos –artículos 136 y 137 del Código de Comercio–, los factores –artículo 288 del mismo cuerpo legal–, o los administradores de las Sociedades de Responsabilidad Limitada –artículo 230.2 de la

Ley de Sociedades de Capital–. Supone, por lo tanto, que ninguno de estos sujetos puede realizar la misma actividad que constituya la empresa del principal, o de la sociedad.

No obstante, lo reseñado anteriormente, pueden producirse en la práctica estos ejercicios de actividad económica por sujetos insertos en algún tipo de incapacidad –absoluta o relativa–. Los actos que realicen estas personas no supondrán la nulidad de los mismos, pues se entiende que estaría perjudicándose a los terceros que contraten con quien incurre en esta causa, sino que implicarán la imposición de sanciones a quienes ejerzan la actividad sin poder realizarla. Estas sanciones podrán ser administrativas –respecto a las prohibiciones absolutas y las relativas referidas al territorio– o civiles –en la mayor parte de las prohibiciones relativas que tengan que ver con la actividad–.

Existe, además, un caso especial, el de la prohibición absoluta para personas que se encuentren inhabilitadas conforme la Ley Concursal, mientras no hubiera finalizado el período de inhabilitación fijado en la Sentencia calificadora del concurso –que puede oscilar entre los dos años y los quince–. No obstante, esta prohibición puede salvarse mediante Convenio, contando con expresa autorización judicial, lo que supondría que los efectos se limitarían a lo establecido en esta autorización. Esta última cuestión está regulada en el artículo 13, punto segundo, del Código de Comercio.

2.2.2.3. El ejercicio de la actividad mercantil por persona casada

Cuando estamos refiriéndonos al empresario individual, resulta muy importante la consideración de qué ocurre con los bienes del empresario. Evidentemente, mientras la actividad empresarial transcurra sin ningún tipo de problema, y pueda hacer frente a los pagos, no existirá problema alguno y resultará totalmente intrascendental cuáles son los bienes del empresario y cuáles no. El problema acaecerá, en cambio, cuando el empresario no disponga de capacidad económica suficiente para el pago de las deudas contraídas por la actividad empresarial.

Esta situación, en caso de empresarios individuales que no hayan contraído matrimonio, es tremendamente sencilla. Y es que, en esencia, todos los

bienes del empresario –presentes y futuros– responderán de sus deudas, como señala el artículo 1911 del Código Civil.

Cuando la situación se corresponda con el empresario individual que se encuentre casado, podremos encontrarnos con diversas situaciones, que analizaremos a continuación. Las normas que regulan el ejercicio de la actividad mercantil por persona casada se encargan de los bienes que responderán de las deudas contraídas por el cónyuge que ejerza la actividad empresarial – los denominados bienes afectos a resultas de la misma–, así como del sistema de administración de la empresa y del derecho de disposición de los bienes.

En este sentido, el Código de Comercio establece precisiones que deben entenderse, siempre y únicamente, respecto al régimen de gananciales, regulado en el artículo 1347 del Código Civil.

Pueden distinguirse cuatro tipos distintos de bienes. En primer lugar, encontramos los bienes propios del empresario. En segundo lugar, los bienes comunes de ambos cónyuges que no están sujetos a consentimiento. Posteriormente, pueden distinguirse aquellos bienes comunes que se encuentran sujetos a consentimiento. Finalmente, aparecen los bienes del cónyuge no empresario, que podrán o no responder de las deudas en función de la decisión del propietario.

Respecto a los bienes propios del empresario, entendemos como tales a los bienes propiedad del empresario. En este aspecto, no existen dudas, todos estos bienes responderán de las deudas contraídas por el cónyuge que ejerce la actividad empresarial –exactamente igual que ocurriría de encontrarse soltero–. Son, por lo tanto, los bienes propios del empresario, como señalan los artículos 6 del Código de Comercio y el 1911 del Código Civil. Entenderemos, como bienes propios, los bienes privativos.

En lo concerniente a los bienes comunes sin sujeción a consentimiento, se establece que también quedan afectos a la actividad empresarial los bienes comunes que se hubieran obtenido por el ejercicio de la misma – esto es, como resultas del comercio–. Del mismo modo, también quedarán afectos el resto de los bienes comunes, pero única y exclusivamente si media el consentimiento de ambos cónyuges.

En cambio, en aquello relativo a los bienes comunes sujetos a consentimiento, existen ciertas presunciones legales. Al respecto, el artículo 7 del Código de Comercio establece que, tratándose se bienes gananciales en general, se presume concedido este consentimiento.

En relación al artículo 7 del Código de Comercio, encontramos el siguiente, el octavo, que entiende que existe esta presunción cuando al contraerse el matrimonio se encuentre uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuase sin la oposición del otro.

Ha llamado la atención de la doctrina la existencia de los dos artículos referidos, regulando lo mismo. Se entiende más acertada la redacción del artículo 8 del Código de Comercio.

A pesar de la problemática que puede producirse entre los propios cónyuges con la oposición de uno de ellos a la actividad mercantil del otro, puede producirse la misma. En ese caso, cuando uno de los cónyuges muestre su oposición a esta actividad, para que surta efectos frente a terceros, debe existir escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, como indica el artículo 11 del Código de Comercio.

En el caso de los bienes propiedad del cónyuge no empresario, siempre dependerá de él la posibilidad de que respondan o no por las deudas de la actividad mercantil. De este modo, únicamente quedarán afectos a las resultas de la actividad empresarial cuando medie el consentimiento del propietario, del que deberá existir constancia en el Registro Mercantil, pues de otra manera no podrá producir efectos frente a terceros, tal y como indican los artículos 11 y 21 del Código de Comercio. Además, esta aceptación, respecto de los bienes, deberá ser en todo caso expresa, siguiendo la redacción del artículo 9 del Código de Comercio.

El artículo 9 del Código de Comercio, en su redacción, exige la necesidad de que se precisen de manera concreta si quedan afectos todos los bienes propios vinculados y, en caso de que no exprese que la totalidad de sus bienes respondan de las deudas, deberá expresar de manera específica cuáles. Puede establecerse, además, a través de la inscripción en el Registro Mercantil, una afectación parcial.

Siguiendo, además, la redacción del artículo 10 del Código de Comercio, los consentimientos de afección de los bienes por las deudas mercantiles ya sean expresos o presuntos, podrán ser revocados libremente por el cónyuge del empresario.

En lo concerniente al sistema de administración de los bienes, y al derecho de disposición de los mismos, el artículo 6 del Código de Comercio indica que, en el caso de ejercicio del comercio por parte de persona casada, el cónyuge empresario tendrá la capacidad de enajenar e hipotecar tanto sus bienes privativos como los gananciales resultantes de la actividad empresarial.

Del mismo modo, como resulta lógico, no podrá disponer en ningún caso del resto de bienes gananciales ni de los privativos que sean propiedad de su cónyuge.

A la afirmación realizada parece oponerse el artículo 1375 del Código Civil, que indica que, en defecto de pacto en capitulaciones, tanto la gestión como la disposición de los bienes gananciales corresponde en conjunto a los cónyuges.

La prevalencia, en este caso corresponde, en Derecho Mercantil, al artículo 6 del Código de Comercio, en aras a su especificidad en la materia concreta.

En relación a los bienes afectos en función de las capitulaciones matrimoniales, existe la posibilidad de que estas capitulaciones puedan otorgarse antes o después de celebrado en matrimonio, tal y como recoge el artículo 1326 del Código Civil. Esta validez, por su parte, queda supeditada a que consten en escritura pública –como indica el artículo 1327 del Código Civil–, de manera que pueda existir constancia oficial de las mismas.

Además, para ser oponibles a terceros, deben encontrarse inscritas en el Registro Mercantil, tal y como indican los artículos 12 y 22.1 del Código de Comercio, así como el artículo 87.6º del Reglamento del Registro Mercantil.

4. EL EMPRESARIO PERSONA JURÍDICA

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Tipos de empresario persona jurídica / 3. Sociedades irregulares

1. Introducción

Como se ha señalado en el tema anterior, es el empresario quien ejerce, en nombre propio, la actividad empresarial. En este sentido, se entiende que es el empresario, y no la empresa, quien es titular de los derechos y las obligaciones que genera la actividad empresarial.

Pero, evidentemente, no todos los empresarios tienen carácter individual. Las grandes empresas, tanto nacionales como internacionales, han desarrollado una estructura y un sistema de funcionamiento mucho más complejo. Así, ya se trate de pequeñas o medianas empresas –las denominadas PYMES–, como de grandes empresas, el nivel de complejidad de sus estructuras organizativas resulta mucho mayor.

En este capítulo va a realizarse una introducción básica a los distintos tipos de empresarios persona jurídica que desarrollan su actividad, pero antes debe hacerse una aproximación a cuál es la legitimación para su propia existencia.

1.1. La personalidad jurídica plena

La personalidad jurídica se entiende como la capacidad para ser sujeto titular de derechos y obligaciones reconocidos por las normas jurídicas. Todas las personas físicas tienen esta personalidad desde el nacimiento hasta el fallecimiento –así, se entienden como inherentes a la persona cuestiones como el derecho a la vida, a la integridad física o varios más–.

No obstante, no sólo las personas físicas ostentan esta personalidad jurídica, pues también las personas jurídicas disponen de ella. Como resulta lógico, las empresas ostentan derechos y obligaciones –por ejemplo, el pago de los salarios a los trabajadores, las deudas contraídas o de las que sean acreedores...–. Si nos referimos a los empresarios individuales, se dispone de personalidad jurídica por el simple hecho de que se trata de una persona física. Por su parte, las empresas también tienen esta personalidad jurídica, de manera independiente de las personas físicas que forman parte de la misma. Para la obtención de esta personalidad jurídica por las sociedades resulta precisa la cumplimentación de los requisitos y trámites administrativos precisos, denominados como trámites de constitución.

En definitiva, puede definirse la personalidad jurídica, siguiendo el Diccionario español jurídico, como la cualidad de la que deriva la aptitud para ser titular de derechos obligaciones, así como el reconocimiento de capacidad jurídica y de obrar. Corresponde a toda persona, sea física o jurídica.

Dentro de la personalidad jurídica, pueden distinguirse dos tipos distintos. En primer lugar, encontramos la personalidad jurídica propia, que significa que el sujeto tiene esta capacidad por sí mismo, sin necesidad de otra persona o entidad para actuar o que le represente.

En segundo lugar, se encuentra la personalidad jurídica plena, que implica que pueden actuar en todos los ámbitos sin limitaciones; esto es, que no tienen limitada su capacidad de actuar. Es este tipo el que resulta aplicable a los empresarios persona jurídica.

La personalidad jurídica, en las sociedades, comienza con la perfección del contrato de la sociedad, con la constitución de la misma. Es, no obstante, algo metafórico, en ningún caso se produce el nacimiento de un nuevo sujeto. Todos los actos de la sociedad, por supuesto, se producirán mediante la actuación de personas físicas, pues resulta imposible que la persona jurídica tome por sí misma ningún tipo de decisión. Uno de los principales efectos, con el nacimiento de la sociedad, es la automática separación del patrimonio de los socios a favor de uno común.

Esta personalidad jurídica no resulta pues, en esencia, nada más que un mecanismo de imputación de derechos y obligaciones, que desembocará obligatoriamente siempre en los seres humanos, que son en definitiva los únicos sujetos de derecho que existen.

1.2.Los límites a la personalidad jurídica

La absoluta separación entre los socios y la sociedad puede suponer, en ocasiones, la producción de situaciones que contradigan el sentido jurídico de esta figura, su finalidad. Son cuestiones como las actividades fraudulentas, situaciones en las que no puede admitirse el argumento de que los socios resultan terceros extraños respecto a la sociedad y que, al gozar dicha compañía de personalidad jurídica plena e independiente, no deben tener estos socios ningún tipo de responsabilidad.

Por todo lo referido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido la necesidad, en algunos casos concretos, del levantamiento del velo. Esto es, la desconexión de la personalidad jurídica plena de las sociedades, de manera que pueda responsabilizarse de manera directa a los socios de las empresas. No olvidemos que la consideración de existencia de personalidad jurídica supone la creación de dos patrimonios separados; por un lado, tenemos el de cada uno de los socios, que de manera individual dispondrán de su propio patrimonio, y por otro lado, del patrimonio específico de la empresa, distinto al de cada uno de los socios que formen parte de la misma.

Realmente, para la obtención de una solución a este problema puede resultar suficiente con el análisis de cuál es la finalidad de la actuación concreta, para concluir si resulta o no extensible a la sociedad en cuestión. En estos casos, en los que se produce este levantamiento del velo de la persona jurídica, debe entenderse que estamos refiriéndonos a inaplicar o prescindir de este principio de separación existente entre el patrimonio de la persona jurídica y el de cada uno de sus integrantes.

Además, pueden producirse otros casos en los que los socios no responden de las deudas de la sociedad, como en las sociedades de capital,

cuando resulta posible la extensión a estos de dichas deudas. Para ello, resultará necesario acudir a fundamentos autónomos de la responsabilidad, dentro de esta llamada extensión de la responsabilidad. Existen 4 fundamentos autónomos delimitados por la doctrina, que apoyan la extensión de la responsabilidad. Estos fundamentos son la infracapitalización, la confusión de patrimonio, la confusión de esferas y la dominación.

2. Tipos de empresario persona jurídica

Dentro de los distintos tipos que pueden encontrarse entre los empresarios persona jurídica, vamos a referirnos a los cuatro más destacables (Gallego Sánchez, 2017, pp. 32–36), desarrollándolos por separado e incidiendo en sus puntos más importantes, aunque sin entrar en un estudio profuso y exhaustivo. En este aspecto, los cuatro tipos a analizar son, por el orden que seguiremos, las sociedades mercantiles –que deben además diferenciarse de las sociedades civiles–, las asociaciones, las fundaciones y las empresas públicas.

2.1. Sociedades mercantiles

La sociedad mercantil es una persona jurídica cuya finalidad es la realización de actos de comercio. Estas sociedades poseen carácter nominativo, existiendo obligación y algún tipo de aporte para la obtención de un fin económico. Estas sociedades mercantiles tienen su origen en la unión de dos o más personas –que reciben el nombre de socios– mediante la perfección de un contrato, obligándose a la realización de aportes para el capital social de la compañía, que posteriormente se transformarán en los distintos bienes que le permitirán llevar la actividad comercial y, al mismo tiempo, los socios participen tanto en las pérdidas como en las ganancias de una empresa. La finalidad de las sociedades mercantiles resulta muy simple, pues el fin es lucrativo; esto es, la obtención de beneficios.

Pueden diferenciarse dos grandes grupos de sociedades mercantiles, en función de su forma y la actividad a la cual se dedican.

Debe tenerse en cuenta que, en el marco de la intervención de los poderes públicos en la vida económica, y dentro del denominado Estado social de Derecho, se han ido separando paulatinamente ámbitos de actividad que, por razones de interés público, han quedado sometidos al control del aparato administrativo del Estado a través de la supervisión de las entidades que las ejercen.

Esto implica, salvo que diga otra cosa la legislación especial, que no podrá practicarse la inscripción en el Registro Mercantil del sujeto que pretenda realizar alguna de estas actividades sin la pertinente licencia o autorización administrativa, tal y como indica el artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil.

La calificación de una sociedad como mercantil supone la consideración como comerciante o empresario, así como su sometimiento al estatuto jurídico especial del mismo.

Una de estas cuestiones derivadas del estatuto jurídico del mismo es la absoluta necesidad de que los empresarios sociales respondan respecto a la obligación de satisfacción a los usuarios en caso de que no se cumplan las garantías del producto.

Por lo tanto, la calificación de empresario trae consigo una serie de importantes responsabilidades, muy diferentes a las existentes por parte de los terceros que no tienen esta consideración. Es esta, la responsabilidad, una de las razones fundamentales por las que deben encontrarse inscritos en el Registro Mercantil y estar así dotados de publicidad –esta inscripción en el Registro Mercantil resulta potestativa para los empresarios individuales, excepto cuando estos sean navieros, en cuyo caso es obligatoria–.

Una cuestión muy importante consiste en la diferenciación respecto a las sociedades mercantiles y civiles. En esencia, esta calificación dependerá de la naturaleza del objeto social de la compañía, es decir, de la actividad desarrollada por la sociedad.

No obstante, la regla general no nos servirá siempre, pues existe una regla de carácter especial. Según la misma, la calificación dependerá de la

forma jurídica de la sociedad, y no de la actividad desarrollada por la misma. En este aspecto, hay sociedades que siempre serán mercantiles, porque así lo establece la legislación complementaria.

La regla principal de aplicación para la diferenciación será, normalmente, la regla general; es decir, la actividad a la que se dedican las sociedades. Pero esta regla general puede también inducir a equívocos. Y es que, en principio, lo lógico sería la consideración de que la sociedad civil se encontrará regulada en el Código Civil, y la sociedad mercantil en el Código de Comercio. Esto, no obstante, no siempre se produce así. El Código de Comercio permite que la actividad civil adopte para su desarrollo los tipos o formas del Código de Comercio.

En todo caso, lo que ocurrirá siempre en la sociedad civil es que se realizarán esfuerzos para la obtención de fines que no sean propiamente –o necesariamente– mercantiles, alcanzando incluso según parte de la doctrina a entidades que carecen de ánimo de lucro –como serían las asociaciones culturales o las ONG, por ejemplo–.

Es el Código Civil el cuerpo legal encargado de la regulación de la auténtica sociedad civil, a pesar de que el Código de Comercio permita también la adopción de esta forma. A todas las sociedades que no adopten alguna de las formas típicas mercantiles reguladas en el artículo 122 del Código de Comercio les será, en principio, de aplicación las normas contenidas en los artículos 1665 y siguientes del Código Civil.

En esta consideración, las principales características de las sociedades civiles serán, por ejemplo, la necesaria perfección de un contrato para el nacimiento de la misma, lo que inexorablemente implica la existencia de al menos dos partes, algo que no exige la sociedad mercantil, que puede ser unipersonal. La esencia del contrato en las sociedades civiles será la obligación de puesta en común de bienes, dinero o industria para la obtención y reparto de beneficios, tratándose además de un contrato de tracto continuo y existiendo la posibilidad de creación de una persona jurídica.

Para el estudio de la evolución histórica y las distintas consideraciones que han existido en nuestro ordenamiento jurídico respecto a las sociedades

civiles y mercantiles, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012 (ROJ: STS 3020/2012) que, en su Fundamento de Derecho Segundo, realiza un esclarecedor e instructivo recorrido por las distintas consideraciones y problemas que ha suscitado esta diferenciación en la doctrina y en la normativa.

Considerando, por tanto, que el Código de Comercio permite la adopción de la forma o tipo regulado en el mismo por las sociedades que realizan actividades civiles, debe entenderse por tanto que se rompe la correlación entre tipo mercantil y actividad mercantil. Pero esto se rompe en un único sentido, pues la actividad mercantil continúa exigiendo para su desarrollo la forma mercantil. No obstante, esta forma mercantil no se encuentre en la actualidad reservada en exclusiva para la propia actividad mercantil, sino que también puede utilizarse para el desarrollo de una actividad civil.

Por todo lo expresado, todavía sigue resultando necesario acudir a la regla especial, a fin de una adecuada catalogación de la sociedad en civil o mercantil. Como se ha señalado con anterioridad, esta regla especial consiste en atender a la forma jurídica de la sociedad, a fin de completar el criterio anteriormente expuesto. En esencia, la resolución concreta no deja de ser casuística, al margen de criterios plenamente objetivos que no ofrecen lugar a dudas, como la categorización por el artículo 122 del Código de Comercio de algún tipo concreto de sociedad como de carácter mercantil.

Por lo tanto, y a modo de breve recopilación de las ideas principales respecto a las sociedades civiles y mercantiles, debe señalarse que una sociedad que se dedique a algún tipo de actividad mercantil deberá optar obligatoriamente por una forma o tipo de carácter mercantil. En ese sentido, la persona jurídica que nacerá de la perfección de ese contrato de sociedad será siempre un comerciante, puesto que desarrollará una actividad mercantil de forma habitual.

Por su parte, una sociedad que se dedique a alguna actividad civil podrá adoptar la forma civil o, si lo estima conveniente, también la forma mercantil. El sujeto que nacerá de la perfección de este contrato no será, en ningún caso, un comerciante.

No obstante, lo anterior, siempre entenderemos como comerciantes – siempre lo serán, según la normativa, independientemente de cuál sea su actividad u objeto– las personas jurídicas que nazcan de algunos tipos concretos, que serán la Sociedad Anónima, la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la Agrupación de interés económico, la Sociedad de Garantía Recíproca y la Sociedad Comanditaria.

2.2. *Las asociaciones*

Las asociaciones adquieren la condición de empresario en el momento en el que ejerciten algún tipo de actividad empresarial. Para esta condición, resultará indistinto que se trate de una actividad principal o accesoria de la que constituya su objeto social. La regulación de las asociaciones se encuentra en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación.

No existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de que las asociaciones realicen actividades empresariales, ni tampoco respecto a la opción de obtención de ganancias por esta actividad. El límite establecido, no obstante, se refiere al destino de estos beneficios, que deberá ser el de los fines de la propia asociación, tal y como establece el artículo 13.2 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación.

Las asociaciones ostentan, por lo tanto, condición de empresario. Pero dada su especial consideración, no se encuentran sometidas a la mayor parte de las normas que integran el estatuto del empresario. De este modo, en lo que respecta a esta cuestión, las asociaciones no pueden acceder al Registro Mercantil, puesto que el artículo 16 del Código de Comercio establece, en esta ocasión, un principio de *numerus clausus* de los sujetos inscribibles.

En lo que respecta a los deberes de contabilidad, inherentes a toda actividad mercantil, la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación exige que las cuentas se lleven de conformidad a las normas que resulten de aplicación, tal y como puede comprobarse en su artículo 14.1. Las normas en cuestión son el Código de Comercio y las normas concordantes, única y exclusivamente en el caso de haber adquirido la condición de empresario.

Además, el punto tercero del mismo artículo 14 de la Ley recoge que las cuentas deberán aprobarse con carácter anual.

Existe una excepción a la regla general, como son las asociaciones de utilidad pública, que se encuentran sometidas al Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre. Esta norma adapta el Plan General de Contabilidad a las distintas entidades carentes de fines lucrativos.

Este derecho de asociación, además, viene ligado al derecho de reunión, recogido en el artículo 21 de la Constitución Española.

Todas las asociaciones se rigen por una serie de principios inherentes a las mismas. En primer lugar, existe plena libertad para asociarse o para la creación de asociaciones, sin ningún tipo de necesidad de autorización previa.

Del mismo modo, todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines de carácter lícito. Además, ninguna persona puede ser obligada a la constitución de una sociedad o su integración en ella.

La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Además, existe la posibilidad de que las personas jurídicas puedan asociarse entre sí, pudiendo hacerlo también con particulares, siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con estos, evitándose así cualquier tipo de posición de dominio. Para la constitución de una asociación se requerirá al menos tres personas –físicas o jurídicas–, excluyéndose a los miembros de las fuerzas armadas, así como a los miembros de las carreras fiscal y judicial.

Finalmente, se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. Esto implica que toda asociación deberá inscribirse en un registro de asociaciones a los meros efectos de su publicidad. En función del ámbito que en el que la asociación pretenda el desarrollo de sus funciones, la inscripción se producirá en Registro Nacional, Autonómico o local. Todos estos Registros tienen carácter público.

La prohibición de las asociaciones de carácter paramilitar deviene lógica, puesto que suponen un peligro para la sociedad y su actividad resultará

ilícita. Precisamente por ello, aunque especifica más el contexto general, que implica que cualquier asociación de carácter paramilitar estará prohibida, puede también entenderse que esta premisa vendría incluida en el apartado segundo del artículo, cuando especifica la prohibición de las asociaciones que utilicen medios tipificados como delitos.

Respecto a la prohibición de las asociaciones secretas, ya hemos establecido la imposibilidad de inscripción de las asociaciones en el Código de Comercio, pues el artículo 16, que recoge una lista cerrada, no las incluye en su redacción. Sin embargo, no únicamente el punto quinto del artículo 22 de la Constitución Española indica que las asociaciones secretas están prohibidas, sino que el punto tercero de este mismo artículo indica que las asociaciones deberán inscribirse en un Registro, a los únicos efectos de publicidad –de conocimiento de su existencia, realmente–. Nótese que el artículo 22 de la Constitución Española no está indicando específicamente en qué Registro deberá realizarse la inscripción de la asociación. Esto es debido a que en materia de asociaciones encontramos competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De esta manera, si una asociación ejerce su actividad únicamente en el ámbito autonómico –o local–, deberá inscribirse, en el caso de Aragón, por ejemplo, en el Registro de Asociaciones de Aragón. En cambio, cuando la asociación ejerza su actividad en más de una Comunidad Autónoma, la inscripción deberá realizarse en el Registro Nacional de Asociaciones.

El artículo 10 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación establece, en sus apartados tercero y cuarto, la obligación de inscripción de las asociaciones en su correspondiente Registro, pero también las responsabilidades en que incurrirán los promotores de las asociaciones no inscritas, indicando que responderán de manera personal y solidaria de las obligaciones contraídas por la asociación con terceros.

Respecto a la constitución de una asociación, la primera cuestión insoslayable es la necesidad de existencia de un acuerdo de, al menos, tres personas, ya sean físicas o jurídicas.

Debe señalarse, además, que, aunque es libre el derecho de asociación, no todas las personas tienen la posibilidad de constituir alguna incluso aunque esta asociación respete todos los parámetros enumerados. Esto se debe a consideraciones particulares en las que incurren algunas personas físicas, como la pertenencia a algún ámbito profesional específico, o la inexistencia de capacidad de obrar.

El acuerdo de constitución de la asociación, en el que se incluirá también la aprobación de los Estatutos que la regularán, se formalizará mediante la denominada acta fundacional –también llamada acta de constitución–. Con ella, la asociación adquiere su personalidad jurídica, así como plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesaria inscripción de la misma en el correspondiente Registro. El acta deberá ser firmada por los promotores, esto es, por los fundadores de la asociación.

En lo concerniente a los Estatutos, entendemos como tal al reglamento, ordenanza o conjunto de normas legales por las que se regula el funcionamiento de una corporación o asociación.

En este sentido, los estatutos de una asociación deberán contener, entre otras varias, cuestiones como la denominación de la asociación, el domicilio de la misma, la duración para la que se crea, los fines y actividades que se pretenden, el conjunto de derechos y obligaciones de los socios, el patrimonio inicial o las causas de disolución de la asociación, así como varias más.

Las asociaciones, además, tienen regulada en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, en el artículo 11 y siguientes, su régimen de funcionamiento. Fundamentalmente, encontraremos dos órganos; la Asamblea General y un órgano de representación. La norma establece, además, que el funcionamiento interno de las asociaciones se regirá por lo dispuesto en sus propios Estatutos, siempre y cuando los mismos no contravengan las disposiciones recogidas en la normativa.

Respecto a la Asamblea General, se encontrará integrada por todos los socios, constituyendo el órgano supremo de gobierno de la asociación. Los acuerdos que se adopten deberán serlo por mayoría, teniendo la obligación de reunirse, como mínimo, una vez al año.

Además, existirá igualmente en la asociación un órgano de representación, que será designado por la Asamblea General. Este órgano será el responsable de la gestión y representación de los intereses de la asociación. Anteriormente, recibía el nombre de Junta Directiva, pero la redacción actual de la normativa ha suprimido esta denominación. Para poder ejercer las funciones de gestión y representación, quienes resulten elegidos deberán ser mayores de edad y encontrarse en pleno uso de los derechos civiles, así como no encontrarse incurso en ninguno de los motivos de incompatibilidad que se encuentren recogidos en la normativa vigente.

Todos los aspectos relativos a los órganos de gobierno y representación de las asociaciones, y respecto a quiénes pueden formar parte de ellos, se encuentran recogidos en el artículo 11 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación.

La normativa también recoge el supuesto en el que se aprueben los Estatutos de la asociación, pero estos no reflejen, o lo hagan de modo insuficiente, cuál será el régimen interno. Se pronuncia, en este aspecto, el artículo 12 de la normativa.

Finalmente, cabe especificar cuáles son los motivos que pueden suponer la disolución o liquidación de las asociaciones, figuras recogidas en los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación.

Respecto a la disolución, encontramos que puede producirse por los motivos tasados en los Estatutos de la propia asociación, así como por decisión mayoritaria de los asociados, por los motivos estipulados en el artículo 39 del Código Civil y, también, por sentencia judicial firme.

Respecto a la liquidación, el procedimiento se encuentra recogido en el artículo 18 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, y tendrá lugar después de decretarse la disolución de la asociación, convirtiéndose en el paso posterior a seguir. A la finalización de esta liquidación, la asociación perderá su personalidad jurídica.

Debe señalarse, antes de la finalización de este epígrafe dedicado a las asociaciones, una diferencia fundamental con respecto a las fundaciones, –

que se verán a continuación–, y en la que apenas se ha incidido hasta el momento. Una asociación tendrá como elemento inicial un acuerdo entre personas, que ya sabemos pueden ser físicas o jurídicas, que tengan un objetivo común. Es decir, una asociación se constituye en aras a la consecución de una finalidad concreta; la esencia de la asociación se basa en lo que pretende conseguir.

Por su parte, las fundaciones se crean partiendo de un patrimonio concreto y, en base al mismo, se persigue una finalidad específica. El punto de inicio, por lo tanto, no es el acuerdo entre dos o más personas, sino la existencia de una cantidad económica, que bien puede ser de una única persona, con la que se pretende conseguir algún objetivo concreto.

2.3. Las fundaciones

Las fundaciones son organizaciones sin ánimo de lucro, dotadas de personalidad jurídica. El sustrato de las mismas no resulta personal, sino que es de carácter patrimonial. Esto implica que el patrimonio de la fundación se encuentra afecto a la realización de los fines de interés general que hubieran sido establecidos por el fundador. Se encuentran reguladas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en el ámbito nacional, existiendo también normativas autonómicas respecto a las mismas.

En la constitución de las fundaciones, como puede realizarse por una sola persona, tendrá el fundador la potestad de establecimiento por sí mismo del régimen de funcionamiento, resultando aplicables de manera supletoria o en defecto de la voluntad del promotor, los Estatutos y, finalmente si tampoco solventan todas las cuestiones, resultará de aplicación la norma.

Está permitido que las fundaciones realicen actividades empresariales, siempre y cuando esta actividad se encuentre relacionada con los fines fundacionales, pudiendo estas ser complementarias o accesorias de las mismas.

Las fundaciones no pueden inscribirse en el Registro Mercantil, por el mismo motivo que encontrábamos respecto a las asociaciones; esto es, la lista cerrada recogida en el artículo 16 del Código de Comercio, donde no quedan

recogidas las fundaciones. En este aspecto, existe un Registro de Fundaciones, aprobado por la Orden PRE/2537/2015.

Respecto a quién puede constituir una fundación, el artículo 8 de la Ley de Fundaciones establece la capacidad para fundarlas, indicando incluso que puede realizarse mortis causa.

Cuando se produce la constitución de una fundación, una cuestión básica es la dotación económica, que viene regulada en el artículo 12 de la Ley de Fundaciones. La cantidad necesaria será de, al menos, 30000 euros y, como indica la normativa, debe ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

Como se ha señalado con anterioridad, una fundación puede ser constituida de dos maneras muy diferentes; inter vivos o mortis causa, tal y como refleja el artículo 9 de la Ley de Fundaciones. Para la primera, se requerirá escritura pública de constitución, que deberá cumplir con los parámetros estipulados en el artículo 10 del mismo cuerpo legal. En caso de que la constitución de la fundación se produzca mortis causa, se realizará testamentaria, y deberá igualmente respetar las exigencias del artículo 10 de la Ley de Fundaciones.

Desde que se otorga la escritura fundacional hasta que dicha fundación se inscribe en el Registro de Fundaciones que le corresponda, nos encontraremos ante una fundación de las denominadas en proceso de formación.

No obstante, a pesar de que se haya producido la constitución de la fundación, la misma no obtiene de manera automática la personalidad jurídica pues, tal y como indica el artículo 4 de la Ley de Fundaciones, resultará preciso para ello registrar la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones correspondiente.

El artículo 5 de la Ley de Fundaciones recoge las exigencias de las denominaciones de las mismas, impidiéndose por ejemplo la utilización de nombres de personas físicas salvo autorización expresa o la utilización de expresiones que resulten contrarias a las leyes. Además, entre otras cuestiones, exige que la denominación recoja el término “Fundación”.

En lo concerniente al domicilio de la fundación, el artículo 6 de la Ley de Fundaciones dispone las normas generales para aquellas que estén domiciliadas en territorio nacional, y el artículo 7 del mismo cuerpo legal se refiere a las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer su actividad en nuestro país.

El régimen de funcionamiento de las fundaciones vendrá recogido en los Estatutos, que se aplicarán siempre y cuando no contradigan las concretas disposiciones –dentro de la legalidad vigente– que haya realizado el fundador. Cuando alguna cuestión no esté resuelta ni por la decisión del fundador ni por los Estatutos, se aplicará de manera supletoria la Ley de Fundaciones.

La organización de las fundaciones viene también determinada en la normativa o, mejor dicho, los órganos que deben existir. Así, encontramos el Patronato y el Protectorado.

El Patronato se encontrará formado por un mínimo de tres personas, que ejercerán el cargo de manera gratuita. Este órgano será el de gobierno de la fundación, encargándose de la administración del patrimonio y de la representación de la institución, con la obligación de cumplimiento de los fines fundacionales de la misma. Encontramos la regulación relativa a esta figura en los artículos 14 a 18 de la Ley de Fundaciones.

El otro órgano necesario es el Protectorado. Le corresponde a la Administración el ejercicio de una actividad externa de control e inspección de la fundación, cuyo objetivo principal es velar por el correcto ejercicio de sus funciones. Se trata de un órgano de control externo de la fundación, de competencia estatal. La finalidad de este órgano es velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones, prestando servicios de apoyo, impulso y asesoramiento.

Entre algunos de los aspectos que pueden destacarse del funcionamiento de las fundaciones o de la responsabilidad de sus integrantes, puede destacarse el hecho de que estos socios no responderán directamente de las deudas sociales de la fundación, o que al menos el 70% de los ingresos obtenidos por la actividad de la fundación deben destinarse obligatoriamente a la realización de los fines fundacionales.

Respecto a las causas de extinción de las fundaciones, pueden nombrarse varias de ellas. El idóneo, en función de los objetivos de la institución, será la consecución íntegra del fin fundacional, lo que implicará en la práctica que la fundación carecerá de sentido, pues ya está plenamente logrado. Otra posibilidad es la fusión con otra fundación, pero también la imposibilidad de consecución del fin fundacional será motivo de extinción, puesto que se entiende que no resulta lógico la continuidad de una actividad que no permitirá la obtención del pretendido objetivo.

2.4. Las empresas públicas

Por empresa pública se entiende cualquier empresa en la que los poderes públicos tienen la capacidad de ejercicio, directa o indirectamente, de una influencia dominante en razón de la propiedad, participación financiera o normas por las que debe regirse.

En la actualidad, nos encontramos con un gran número de entidades de este tipo, lo que ha implicado una extensa diversidad de normativas y unas finalidades y actividades de las mismas que, lejos de ser homogéneas, implican gran número de las mismas.

Encontramos, por lo tanto, una enorme diversidad respecto a entes posibles, como serían los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, los consorcios, y varias más.

La gran diversidad de empresas públicas existente en nuestro país implica que no todas se encuentren sometidas a la misma norma, aludiéndose a ellas en numerosos textos legales de distinto rango y ámbito dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La realización de una enumeración pormenorizada de cada una de las normas que las recogen resultaría tremendamente extensa y carecería de excesiva lógica, puesto que lo mejor es una solución casuística.

Por lo general, las empresas públicas pertenecen a sectores donde la inversión privada no resulta rentable, o donde a la Administración le interesa tener cierta influencia. En muchas ocasiones, estas empresas públicas tienen el control completo del sector donde operan, formando un monopolio.

Dado que las empresas públicas no están buscando el lucro de su fundador como fin último, sino que la pretensión es la realización de un servicio a la sociedad, la inversión pública en estas instituciones queda justificada por esta cuestión. No obstante, deben regirse por el principio de racionalidad económica, que implica la maximización de la utilidad de los recursos disponibles, llegando algunas de ellas a la obtención de beneficios.

En nuestro país pueden encontrarse varias empresas públicas en sectores clave para la economía nacional, tales como el transporte, la educación, los medios de comunicación o varias más.

3. Sociedades irregulares

Se denomina sociedad irregular a la que no cumple con la obligación de constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, tal y como establece que es su obligación el artículo 119 del Código de Comercio.

Deben diferenciarse las sociedades irregulares, de las sociedades mercantiles de hecho. Estas últimas son aquellas sociedades que no se han documentado ni en escritura pública ni privada. En cambio, como se ha señalado, cuando nos referimos a una sociedad irregular, estamos aludiendo a la que se ha documentado en escritura, pero no se ha registrado, o su acta constitutiva no ha sido publicada en las condiciones que la normativa exige, o bien el plazo ha vencido. En definitiva, una sociedad irregular será aquella que carezca de alguno o varios de los requisitos establecidos en la normativa.

El principal problema que plantea en la práctica este tipo de sociedad consiste en la determinación de si tiene o no personalidad jurídica. La respuesta, en opinión de la doctrina, resulta afirmativa, entendiéndose por lo tanto que dispone de esta personalidad jurídica, porque de negársela, la principal consecuencia sería el perjuicio a terceros.

Si se mantuviera la postura contraria, la consideración de que esta sociedad irregular carece de personalidad jurídica, resultaría obligatorio entenderse que los actos celebrados entre esta sociedad y los terceros devendrían nulos, se consideraría que nunca han existido. Lógicamente, resultaría

sumamente perjudicial para quien –sea persona física o jurídica– ninguna culpa tiene del incumplimiento de la sociedad.

Las normas que rigen a las sociedades irregulares serán las dispuestas para los distintos tipos societarios que se encuentran recogidos en el articulado del Código de Comercio.

La consecuencia fundamental de la no inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil resulta la inoponibilidad de los pactos sociales.

Esto tiene su base fundamental en el principio de publicidad negativa, que supone que los actos sujetos a inscripción, cuando no se encuentren inscritos –como indica la norma–, no serán disponibles a los terceros de buena fe.

En el caso concreto de las sociedades irregulares, no resultarán oponibles a los terceros de buena fe los contenidos del contrato que se desvíen del régimen dispositivo del tipo social de la compañía.

Además, cuando nos encontramos ante una sociedad irregular, el régimen de responsabilidad de sus gestores será más riguroso. La falta de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil activa la responsabilidad solidaria de los administradores en lo que respecta a la actuación de la sociedad en el mercado. Con ello, se busca también la protección de los terceros, así como la incentivación –por si su obligatoriedad por normativa no resultara suficiente– de la inscripción de las sociedades.

Una sociedad irregular, debido a sus características, no puede actuar libremente en el tráfico mercantil. Por ello, además, la normativa ha establecido tanto las reglas que le resultarán aplicables si transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura todavía no se ha producido su inscripción –concretamente, las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil, en función del caso específico–.

Del mismo modo, y debido a la mayor responsabilidad que supone para los socios la existencia de una sociedad irregular, los socios tendrán en estos casos la potestad para instar la disolución de las mismas.

5. ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPRESARIO: RESPONSABILIDAD

SUMARIO: 1. La responsabilidad del empresario individual / 2. Responsabilidad del empresario. El emprendedor de responsabilidad limitada / 3. Responsabilidad contractual y extracontractual del empresario / 4. Responsabilidad por actos de dependientes

1. La responsabilidad del empresario individual

La responsabilidad del empresario se extiende a diversos ámbitos, y no afecta única y exclusivamente a las actuaciones por él realizadas, sino que va más allá. Nos encontramos, por ejemplo, con cuestiones como la responsabilidad contractual o la extracontractual, pero también con las realizadas por sus empleados –pues están actuando en nombre de la empresa–.

El empresario individual responderá del cumplimiento de sus obligaciones legales, ya sean contractuales o extracontractuales –cuestión regulada en el artículo 1089 del Código Civil–, con todos sus bienes, tanto presentes, como futuros –tal y como recoge el artículo 1911 del Código Civil–.

El empresario mercantil, independientemente de que sea persona natural o persona jurídica, se encuentra sometido a un régimen de responsabilidad que deriva del artículo 1101 del Código Civil, y que puede denominarse como principio de responsabilidad universal. Esto implica, en la práctica, que todos aquellos bienes, derechos y cosas que formen parte del patrimonio del empresario en la actualidad, y también todos los que formen parte de su patrimonio en el futuro, quedarán sometidos al cumplimiento de sus obligaciones deudoras. Como ha señalado cierta doctrina, la más genérica responsabilidad obligacional, pues queda determinada la obligación del resarcimiento de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de toda clase de obligaciones que se hubieran constituido (Llamas Pombo, 2009, p. 1851).

Esta máxima resulta de aplicación tanto al empresario de carácter individual como al social.

Al empresario individual le está vetada la posibilidad de constitución para la sociedad de un patrimonio separado del propio, de modo que no le está permitida la limitación de la responsabilidad derivada del ejercicio de su actividad empresarial.

Una de las posibilidades de reducción de la responsabilidad obedece a la situación del empresario casado, cuyos bienes del cónyuge responderán en algunos casos, igual que lo harán aquellos bienes que sean gananciales.

En cambio, los bienes del empresario responderán en todo caso. Respecto a los exclusivos del cónyuge no empresario, no debe olvidarse la necesidad de aceptación del mismo, que deberá constar en el Registro Mercantil y, además, o bien incluir la totalidad de sus bienes o, si su pretensión es que sólo respondan algunos concreto, especificar cuáles o carecerá de validez esta aceptación.

La manera más simple de evitar que los bienes del cónyuge no empresario respondan de las deudas de la sociedad es la oposición formal de su cónyuge respecto a la actividad profesional del empresario –independientemente de que, en la práctica, se muestre conforme, pues difícilmente un matrimonio tendrá éxito si desde el inicio uno de los cónyuges se opone realmente a la profesión del otro–.

La otra posibilidad de reducción de la responsabilidad del empresario individual implica la constitución de una sociedad anónima o limitada de carácter unipersonal, en la que únicamente exista un único socio. Esto se consigue mediante la creación de una persona jurídica que resultará autónoma de la persona física. Dicha figura puede darse de manera originaria –cuando es un único socio quien constituye la sociedad– o de forma sobrevenida –en el caso de que un socio adquiriera todas las participaciones o acciones de una compañía integrada anteriormente por más personas–. Encontramos, al respecto, los artículos 12 a 14 de la Ley de Sociedades de Capital.

Una última posibilidad para la reducción de la responsabilidad del empresario puede realizarse mediante la adopción de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, que veremos en el siguiente epígrafe en mayor profundidad.

Por su parte, las sociedades responden de sus obligaciones con la totalidad de su patrimonio, independientemente de la forma jurídica adoptada – a pesar de su nombre, aquí se incluyen también las denominadas sociedades de responsabilidad limitada pues, a pesar de aquello a lo que puede inducir su categorización, no se permite que sólo un determinado número de bienes o derechos de las mismas respondan de las deudas sociales–. Esta categoría de las sociedades afecta a las relaciones entre el socio y la sociedad, pero no a la sociedad frente a terceros, respecto de los cuales deberá responderse siempre con todo el patrimonio de la compañía.

Pero, esta es la diferencia fundamental con el empresario individual, mientras los empresarios individuales responderán de las deudas sociales con sus bienes presentes y también futuros, la sociedad hará lo propio respecto a las deudas que tenga, pero únicamente con el patrimonio –si no ha ocurrido ninguna actuación que suponga lo contrario– de la propia sociedad, sin que esto afecte al patrimonio personal de cada uno de los socios integrantes de la misma.

2. Responsabilidad del empresario. El emprendedor de responsabilidad limitada

Se consideran emprendedores aquellos sujetos que, independientemente de cuál sea su condición de persona –física o jurídica–, desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, según señala el artículo 3 de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

El emprendedor, persona física, tendrá la posibilidad de limitación de su responsabilidad mediante la asunción de la condición de emprendedor de responsabilidad limitada.

Esta condición deberá inscribirse en el Registro Mercantil, donde será necesario dejar constancia del activo no afectado por la actividad profesional, tal y como indica el artículo 9 de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

Respecto a la posibilidad de oponibilidad a terceros de la no sujeción a responsabilidad de la vivienda habitual, esta cuestión deberá inscribirse en el Registro Mercantil, así como encontrarse inserto dicho inmueble dentro de los parámetros regulados en el artículo 8.2 de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización –en esencia, un precio igual o inferior a los 300000 euros, al que se aplicará un coeficiente para viviendas insertas en poblaciones con más de 1000000 habitantes–.

No obstante, no podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad que permite esta figura el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros. Este punto deberá estar acreditado por sentencia firme, o bien mediante concurso declarado culpable, tal y como indica el artículo 8.4 de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

Respecto a esta actividad del emprendedor de responsabilidad limitada, el legislador ha recogido también la existencia de puntos de atención al emprendedor, y la necesaria inscripción de los empresarios que opten por esta figura. Además, ha incluido a continuación –artículo 15 y siguientes de la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización– otras disposiciones, aplicables también a las sociedades de responsabilidad limitada.

Existen, no obstante, ciertas críticas respecto a esta figura del emprendedor de responsabilidad limitada.

La principal de estas críticas alude a la engañosa denominación de la figura. Esto es así, porque realmente no está limitando la responsabilidad universal del emprendedor, sino que en la práctica está limitándose a la protección de su vivienda habitual de las posibles reclamaciones de sus acreedores comerciales, siempre y cuando este inmueble cumpla con los requisitos estipulados en la normativa.

No obstante, esta protección también resulta engañosa, pues aunque cumpla los parámetros de la vivienda, únicamente se aplica esta protección respecto de los acreedores comerciales, pues no encontrará esta protección en cuestiones relativas a deudas tributarias o las contraídas con la seguridad social.

Además, si la vivienda fue adquirida mediante un préstamo con garantía hipotecaria, la entidad financiera también tendrá posibilidad de reclamación de la misma como forma de cobro de la deuda.

De igual manera, la normativa no permite la separación del patrimonio personal del emprendedor, del patrimonio de la empresa, a pesar de que inicialmente la intención del legislador era precisamente esa con la creación de esta figura.

Continuando con las críticas vertidas por la doctrina a esta figura, debe indicarse que los trámites burocráticos resultan caros y complejos, requiriendo, entre otros, el pago al notario, en el Registro Mercantil o un depósito de cuentas que resulta más exhaustivo que el del autónomo.

La doctrina, por lo tanto, entiende que resulta más recomendable la figura de la sociedad limitada unipersonal pues, con poco desembolso inicial –3000 euros en efectivo, o con aportación de ciertos bienes como, por ejemplo, maquinaria o material informático por ese valor– protege la vivienda habitual, así como la totalidad del patrimonio personal del empresario frente a todo tipo de acreedores.

En definitiva, la problemática que buscaba solventarse con la creación de la figura del emprendedor de responsabilidad limitada no se ha logrado.

3. La responsabilidad contractual y extracontractual del empresario

La responsabilidad contractual se produce con la existencia de dos requisitos. Por un lado, resulta necesaria la existencia –como su propio nombre indica– de un contrato perfeccionado por las dos partes. Por otro lado, será preciso

que el daño producido haya tenido lugar por el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento de la materia objeto del contrato.

Esta responsabilidad, por lo tanto, se produce por hechos propios, por la actividad realizada por el empresario. Atañe, además, a tres aspectos distintos de la indemnización por daños y perjuicios, bien diferenciados, como son el daño emergente, el lucro cesante y los daños morales.

El daño emergente implica la diferencia entre el valor de aquello que debíamos percibir y que, finalmente, no se nos ha entregado. Por ejemplo, alguien que ha comprado algún tipo de producto y finalmente no lo ha recibido. Para la reclamación, lógicamente, resultará necesaria la factura de compra.

El lucro cesante supone una cantidad económica de dinero, concretamente, aquella que se ha dejado de ganar debido a algún tipo de incumplimiento por parte del empresario. Resulta de más difícil prueba y, por ejemplo, se correspondería con la imposibilidad de continuación en la fabricación de un producto concreto, porque un proveedor no ha entregado a tiempo los suministros que debía facilitar. Este lucro cesante no implica pérdidas económicas, sino la reducción de los ingresos que se habrían producido en caso de que todo hubiera continuado según lo estipulado en el contrato. Se basa, por lo tanto, en previsiones.

Finalmente, los daños morales implican la existencia de unas expectativas puestas por una persona sobre un determinado producto o servicio, que se han visto truncadas por el incumplimiento producido. De más difícil prueba, el cálculo de los mismos, si los tribunales aceptan que se han tenido lugar, se realiza de manera individualizada.

Respecto a la responsabilidad contractual, pueden destacarse tres artículos del Código Civil, que es la norma aplicable a esta cuestión, como son los artículos 1101, 1105 y 1107.

Existe, además de la responsabilidad contractual, un tipo distinto, de responsabilidad extracontractual, en la que encontramos un régimen general y uno especial (Gallego Sánchez, 2017, p. 37). A pesar de encontrarse la regulación de esta segunda modalidad en un punto distinto –el régimen general

queda establecido por los artículos 1902 y 1903 del Código Civil–, en muchas ocasiones resulta compleja la delimitación entre un tipo de responsabilidad y otra.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 (ROJ STS 1089/1997) se pronuncia respecto a la compleja delimitación entre un tipo u otro de responsabilidad. También se expresa, en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2005 (ROJ STS 4967/2005). En este sentido, nos encontramos ante uno de los temas más ambiguos y peor tratados de la jurisprudencia, pues no se ofrecen criterios seguros (Parra Lucán, 2009, p. 3882).

Una diferencia fundamental entre ambos tipos de responsabilidades radica en el tiempo que ha de transcurrir para que se produzca la prescripción, pues el período temporal necesario para ello es muy distinto. Así, en el caso de la responsabilidad contractual, prescribe a los cinco años, una cantidad de tiempo significativamente superior a la requerida para la prescripción de la responsabilidad extracontractual, establecida en un año, desde el momento en el cual el perjudicado conozca de la existencia de este daño.

Respecto a la responsabilidad extracontractual, en esencia, esta se produce cuando, con absoluta independencia de las obligaciones contraídas por las partes, la producción del daño se deba a la violación de deberes generales de la conducta emanada, o del deber de no producir a nadie ningún tipo de daño.

Se entiende, en base a esta cuestión, tanto por doctrina como por jurisprudencia, que el empresario deberá responder cuando dañe a terceras personas en el ejercicio de su actividad o responsabilidad. Se trata de la denominada responsabilidad objetiva o sin existencia de culpa, que resulta propia de aquellos empresarios que llevan a cabo actividades que suponen un riesgo para el resto de los ciudadanos.

Dentro de esta responsabilidad extracontractual, debe distinguirse el tipo general, que afecta a todos los empresarios, y uno de carácter especial, que únicamente afecta a fabricantes, importadores y proveedores de productos.

En lo respectivo al tipo general de la responsabilidad extracontractual, implica que el empresario se encuentra obligado a la reparación de los daños que ocasione por aquellas acciones u omisiones que realice, si estas son dolosas o culposas, como recoge el artículo 1902 del Código Civil.

El tercero que realice la reclamación tendrá obligación de acreditar que efectivamente se han producido esos daños. Pero no únicamente será suficiente con esto, sino que también deberá demostrar la existencia de culpa del agente.

No obstante, a pesar de lo reseñado, la jurisprudencia está siguiendo una línea por la cual se permite la presunción de la culpa, lo que está implicando en la práctica la inversión de la carga de la prueba, siendo el empresario quien debe demostrar que no ha intervenido en la producción del hecho. Esta presunción está aplicándose en virtud de la denominada *teoría del riesgo*, y resulta de aplicación de manera indistinta de si el afectado es un consumidor o no.

Lo que sí está perfectamente claro, en virtud de los artículos 128 y 129 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es el derecho a la indemnización de los daños sufridos –salvo en algunas excepciones que veremos más adelante– y el ámbito de protección existente. Del mismo modo, resultarán ineficaces las cláusulas contractuales que limiten la responsabilidad o exoneren al productor respecto a la misma.

En lo relativo al régimen especial de la responsabilidad extracontractual, el empresario está sometido a una responsabilidad adicional en caso de daños causados por defectos existentes en aquellos productos que fabrique o importe –como indica el artículo 135 del Texto refundido de la Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios–.

Por lo tanto, esta responsabilidad por productos defectuosos opera, inicialmente, respecto de los productores, en primer término. Se trata, además, de una responsabilidad de carácter objetivo, pues el perjudicado no tiene necesidad de prueba de existencia de culpa del fabricante, sino que tiene que demostrar la existencia de un producto defectuoso, independiente de que este hecho resulte o no conocido por el productor.

Conviene también la aclaración de a qué nos estamos refiriendo cuando se habla de producto defectuoso. En este sentido, el artículo 137 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios solventa las dudas, aludiendo en su terminología, especialmente, a la seguridad esperable en función de las circunstancias y del uso al que va destinado.

También encontramos alusión al concepto de producto en el artículo 6 del mismo cuerpo legal, cuya redacción es la siguiente:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil”.

Respecto al artículo 137 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios debe extraerse, por tanto, cuál es el concepto de producto defectuoso. Como puede observarse, existe cierta información de carácter subjetivo, pues la seguridad que cabría esperar no es el término jurídico más neutro posible.

No obstante, el punto segundo del artículo intenta aclarar el concepto, al señalar que un producto será defectuoso si su seguridad resulta inferior al del resto de la serie producida. Esto tampoco termina de solventar el problema, pues toda la serie producida podría contener características que implicasen su falta de seguridad y, por lo tanto, devendrían defectuosos todos los productos de la serie de fabricación.

Por ello, se aplica también la máxima de una correcta utilización, el tipo de público al que se dirige y cuál resultará el uso previsible del mismo. Por ejemplo, respecto a esta última cuestión, un aparato de televisión puede ser perfectamente seguro en una utilización normal, pero devendrá inseguro si se emplean cables de conexión a la electricidad que se encuentren en mal estado, o si el aparato cae a alguna masa de agua. En estos casos, aunque se produzcan daños, dado que no es el uso previsible del producto, no podrá entenderse que el producto era defectuoso.

Además, la mejora posterior de cualquier producto no implicará que la versión anterior pueda ser considerada como defectuosa, pues se entiende

que la mejora de la tecnología en las nuevas versiones son un plus respecto a las anteriores, en ningún caso una justificación de imposibilidad de realizar la función para la que fueron diseñados.

La responsabilidad del productor reflejada en el artículo 135 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios alcanza al proveedor en supuestos distintos. Concretamente, cuando el productor no puede ser identificado –de modo que alguien debe responder por el producto defectuoso– y cuando se hubiera suministrado, por parte del proveedor, un producto defectuoso, a sabiendas de la existencia de estos fallos. En este último caso, no obstante, el proveedor podrá ejercer acción de repetición contra el productor, para que les abone las indemnizaciones pagadas a los consumidores por los defectos.

El artículo 7 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios nos indica, en su redacción, quién debe entenderse que es proveedor:

“A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”.

Aunque pueda parecer extraño que fabricantes o proveedores comercialicen a sabiendas productos con defectos, la práctica comercial ha demostrado a lo largo de la historia que, si bien no resulta habitual, tampoco es algo sumamente extraño. Así, en los supuestos en que ambos, fabricante y proveedor, conozcan de los errores existentes en los productos comercializados, en último término resultará responsable, y responsable del pago de indemnizaciones, el fabricante. Más extraño resulta el supuesto en el que el proveedor es conocedor de los errores del producto y el fabricante los desconoce.

También se han producido a lo largo de la historia supuestos de productos comercializados con errores en su diseño o desarrollo, cuestiones conocidas por los fabricantes, pero no por los proveedores, o al menos, no por la mayoría de ellos, que vendían los productos de buena fe. Se trata de un caso distinto al descubrimiento de un error cuando los productos ya han sido puestos en venta.

En esos casos, en la industria alimenticia, se avisa a Sanidad y a los vendedores para retirar los lotes afectados. En la industria automovilística, por ejemplo, se llaman a revisión a los modelos afectados, cuestión cada vez más habitual debido a la alta carga de tecnología de los automóviles. En los últimos años, por ejemplo, resultó muy llamativa la campaña de revisión de airbags de la compañía nipona Takata, que equipaban especialmente automóviles japoneses comercializados en Estados Unidos.

Pero, a lo largo de la historia se han producido más casos de productos comercializados a sabiendas de la existencia de errores por parte de sus fabricantes, incluyendo varias víctimas mortales. Recientemente, fue tristemente famoso el caso de la compañía de fabricación de aeronaves Boeing, cuyo producto estrella, el 787 Max 8, sufrió problemas en la fase de desarrollo que ocultaron, pues disponían de la posibilidad de certificar ellos mismos para el vuelo sus productos.

En el caso en cuestión, se produjo un primer accidente del modelo en octubre del año 2018, causando 189 muertes, correspondientes a todas las personas que se encontraban en el interior del aparato cuando sufrió el accidente. En marzo del año 2019 se produjo un segundo accidente, en circunstancias muy similares al anterior y con el mismo modelo de avión, en esta ocasión, con 157 fallecidos más. Posteriormente, las investigaciones concluyeron que los fallos se debían a un fallo en el software de control automatizado del vuelo del avión, que hacía que se activase el procedimiento de parada de la aeronave, lo que implicaba el descenso del aparato.

En mayo de 2019 surgieron los primeros rumores de que la compañía Boeing conocía de este fallo en el modelo en cuestión desde el año 2017, pues según las noticias, sus ingenieros habían comprobado que el sistema de visualización del modelo en cuestión no respondía correctamente a las exigencias de alerta de una de las sondas, y que el problema resultaba subsanable con la compra de un paquete de software de mayor seguridad –este paquete lo compraban habitualmente las compañías aéreas americanas o europeas, pero no la mayoría del resto de continentes–. A pesar de ello, la empresa habría certificado como seguro el aparato y comenzado su comercialización. Apenas unos días después de los inicios de estos rumores, el presidente de la

compañía confirmaba que conocían estos fallos. El modelo se retiró de la venta y las acciones de la empresa han caído drásticamente, así como los beneficios.

No han sido los únicos casos con numerosas víctimas mortales. En el sector de la automoción, la compañía Ford comenzó, en el año 1971, la comercialización de un modelo denominado Pinto, fundamentalmente en Estados Unidos. El modelo, desarrollado muy rápidamente y bajo las directrices de ser muy económico, adolecía de graves problemas de seguridad. El principal era la cercanía del depósito de combustible al eje trasero del automóvil, lo que implicaba cierta facilidad del automóvil para explotar en caso de impacto en esa zona, lo que terminó suponiendo la pérdida de varias vidas.

Lo peor fue la demostración, tiempo después, de que la compañía conocía esta cuestión, pero que la directiva de la empresa calculó que resultaría más barato pagar las indemnizaciones económicas a las víctimas que colocar una pieza que solventaría los problemas. Esa pieza concreta tenía un coste aproximado de un dólar por modelo producido. El automóvil se produjo hasta 1980, y la empresa pagó diversas multas e indemnizaciones. El asunto implicó que el modelo sea considerado uno de los peores automóviles de la historia (Jacobs, 1991, pp. 124–127).

Otro caso también reciente y que igualmente desconocían los proveedores cuando comercializaban los modelos, pero sabido por el fabricante, aunque en este caso no supuso ninguna víctima mortal, fue el de las emisiones contaminantes de los motores diésel del Grupo Volkswagen.

En este caso, los motores se certificaban con una emisión de partículas nocivas dentro de lo estipulado por la normativa, debido a un software especial programado para reducir estas emisiones cuando detectaba que los motores se encontraban en un banco de pruebas. Las emisiones reales eran muy superiores a lo exigido por ley. En este caso, no sólo existía un error que el fabricante conocía, sino que tal error no lo era, sino una argucia para no respetar lo exigido por la ley y que no se detectara esto. Los automóviles, no obstante, eran perfectamente seguros y aptos para circular. Las soluciones, en cada país, han sido muy distintas.

Con anterioridad, se ha señalado que la responsabilidad del productor –o proveedor, según quién deba responder del daño– tiene carácter objetivo, lo que implica que no resulta necesaria la prueba respecto a esta cuestión. No obstante, de la redacción del artículo 139 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se entiende una cuestión completamente diferente, pues indica que quien se sienta perjudicado y pretenda la obtención de una reparación deberá probar la producción de un defecto y la existencia de un daño, así como la relación causal existente entre ambos.

De la redacción del artículo 139, por lo tanto, no parecen existir dudas, debe demostrarse por parte del consumidor tanto la existencia del defecto en el producto, como la posterior producción de un daño. Además, deberá también mostrarse la relación de causalidad entre ambas cuestiones. No obstante, lo que no resulta en ningún caso necesario es la demostración de conocimiento del fabricante de que el producto era defectuoso cuando lo puso a la venta.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008 (ROJ STS 1545/2008) indica, en su fundamento de derecho segundo, que:

“como ha señalado esta Sala en relación con el esfuerzo que debe exigirse al actor "no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar la clase del mismo", bastando que la parte demandante haya logrado "convencer al Juzgador de que el producto era inseguro" (Sentencia de 19 de febrero de 2007), "correspondiendo al fabricante acreditar la idoneidad del producto la concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidades, bastando al perjudicado acreditar el daño sufrido y el enlace causal" (Sentencia de 21 de febrero de 2003)”.

En el mismo sentido se expresa la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2018 (ROJ STS 3145/2018) en su fundamento de derecho cuarto, apartado tercero, cuando indica que...

“resulta legítimo que el público confíe en que unos codos de cobre destinados a su instalación en un circuito de calefacción van a resistir las altas temperaturas y presiones sin riesgo de fugas durante un lapso de tiempo razonable por lo que, ante la falta de prueba de otra causa probable de la fisuración, no puede admitirse que en seis años ya no quepa esperar que el producto no ofrece seguridad para continuar usándolo conforme a su destino”.

No obstante, a pesar de que la responsabilidad del productor se produce como regla general, existen diversos supuestos que actúan como casos de exoneración incluso en caso de producto defectuoso, tal y como recoge el artículo 140 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

El primer supuesto alude a que el fabricante no hubiera puesto en circulación en producto en cuestión. En ese caso, no tendrá responsabilidad respecto del mal funcionamiento del bien porque, además, se entiende que no ha obtenido ningún tipo de ingreso económico por el producto, aunque algún consumidor termine utilizándolo. Cuestión aparte es cómo ha logrado el consumidor el acceso a ese bien para su empleo.

Puede entenderse también que, en función de las circunstancias concretas del caso, pueda presumirse que el defecto no existía cuando se puso en circulación el producto. Por ejemplo, podría ocurrir que un apartado de televisión funcione perfectamente, pero que se averíe al poco de ser adquirido por una subida de tensión en la red eléctrica que le produzca un fallo.

Otro supuesto recogido en este artículo atañe a la posibilidad de que el producto no hubiera sido fabricado para su venta o distribución, ni tan siquiera con la finalidad de fabricarlo o cuestiones similares. Un ejemplo serían los automóviles desarrollados como prototipos que las compañías exhiben en certámenes especializados.

También exonera de responsabilidad si el producto es defectuoso por la obligatoriedad de seguimiento de unas normas existentes de carácter imperativo. Por lo tanto, dado que no es opcional para el fabricante la utilización de alguna tecnología que es la responsable de la producción del fallo no existe su responsabilidad en este caso.

Existe, igualmente, la posibilidad de que el fallo se produzca porque los conocimientos técnicos y científicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto no permitan apreciar la existencia de algún tipo de fallo en el mismo. Nótese que existe en el mismo artículo una excepción a este supuesto, relativa a la fabricación de medicamentos o productos alimenticios aptos para el consumo por seres humanos.

4. Responsabilidad por actos de dependientes

El empresario debe responder por todos los daños causados por sus dependientes, como indica el artículo 1903 del Código Civil. En este sentido, se entiende por dependiente a toda persona que se encuentre en situación de subordinación jerárquica respecto al empresario, en sentido amplio. La interpretación de esta cuestión en sentido amplio implica que no hay que ceñirse única y exclusivamente al ámbito jurídico laboral, sino que tiene mayores implicaciones.

Nos encontramos, en este supuesto, frente a una responsabilidad propia por hecho ajeno –pues no la realiza directamente el empresario, sino por personas con quienes le une una relación de carácter jerárquico–. Los hechos por los que deba responder el empresario respecto de los dependientes pueden ser de acción o de omisión. El fundamento de esta responsabilidad lo encontramos en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

De este modo, bien por el hecho de que el empresario es el máximo responsable de cualquier situación que ataña a su empresa, como la selección del personal de la misma, se entiende que la responsabilidad final es suya. En el mismo sentido, se entiende también que es responsabilidad del empresario vigilar el correcto desempeño en sus tareas de sus subordinados, si bien la práctica resulta muchas veces tremendamente compleja.

Se expresa, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1991 (ROJ STS 1017/1991), cuando indica, en su fundamento de derecho que

“la responsabilidad derivada del art. 1.903 del C.C. es una responsabilidad directa, no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa in vigilando o in eligendo y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho”.

En el mismo sentido, con distintas palabras, recoge tal afirmación la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 (ROJ STS 3999/1997), señalando, en su fundamento de derecho tercero, que...

“se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos”.

Cuando alguien resulte perjudicado por la actuación –o no actuación– de los dependientes, tiene la posibilidad de dirigirse contra el empresario, o contra el empleado. Incluso, está permitido que se dirija contra ambos a la vez, pues se trata de una responsabilidad de carácter solidario.

No obstante, cuando el empresario deba indemnizar al perjudicado, el artículo 1903 del Código Civil le permite repetir contra el dependiente lo que hubiera satisfecho.

6. COLABORADORES DEL EMPRESARIO Y OBLIGACIÓN DE LLEVANZA DE CONTABILIDAD

SUMARIO: 1. Colaboradores del empresario. La representación / 2. Obligación de llevanza de la contabilidad

1. Colaboradores del empresario. La representación

La representación es una institución jurídica por cuyo intermedio, aquellos actos realizados materialmente por una persona –que será el representante– se imputan realmente a otra persona –el representado–. Esta representación puede ser de distintos tipos: voluntaria, legal u orgánica.

Nos encontramos ante una representación voluntaria cuando surge de la intención del representado que ostenta plena capacidad de obrar. En este aspecto, por el motivo que considere oportuno, establece de *mutuo proprio* tal representación. Se trata de una disciplina específica y única y exclusivamente de carácter mercantil, que no debe confundirse con la representación en el ámbito del Derecho civil.

La representación legal tiene su origen en un mandato legal, precisamente por ello adopta tal denominación. Mediante este mandato, se ordena, para suplir la falta o alguna limitación de la capacidad de obra de los sujetos, la constitución de este tipo de representación. El ejemplo arquetípico de la misma sería la representación de los padres respecto a los hijos que todavía se encuentren en la minoría de edad.

El tercer tipo es la representación orgánica, que constituye el instrumento a través del cual la sociedad en su conjunto manifiesta externamente su voluntad, ejecutando los actos necesarios para el normal desarrollo de sus actividades. En este aspecto, las sociedades mercantiles, especialmente

cuando están dotadas de personalidad jurídica, precisan de la utilización de personas físicas para la realización de la voluntad de la compañía.

1.1.La representación voluntaria

Cuando una sociedad alcanza un tamaño importante, resulta completamente imposible que una sola persona sea la encargada de realización de todas las actividades de la misma. En estos casos, el empresario necesita valerse de auxiliares, que realizarán aquellas tareas que él no pueda desarrollar, bien por falta de tiempo, bien porque prefiera personas completamente dedicadas a las mismas.

En el momento en que el empresario considera adecuada o necesaria esta ayuda de otras personas, y las integra en la sociedad, nos encontramos ante los denominados auxiliares del empresario.

Se entiende, como auxiliar del empresario, al colaborador del mismo que se encuentra integrado de modo permanente en su organización empresarial, en una posición subordinada, de forma que no asume ningún tipo de riesgo empresarial propio. No ostenta, por lo tanto, la cualidad de socio.

Existen diversos tipos de auxiliares. Los hay que desarrollan su labor en el interior de la empresa –en este caso, como norma general carecen de ningún tipo de poder de representación, aunque resulta posible que, expresamente, se lo entregue el empresario–. Otros, en cambio, realizan su actividad participando en la actividad exterior de la sociedad, encargándose del establecimiento de relaciones contractuales con los terceros por parte del empresario. En este último caso, estamos refiriéndonos a los representantes voluntarios del empresario.

Los representantes voluntarios del empresario cuentan con un poder, otorgado por el empresario, para la contratación por su cuenta y en su nombre. No ostentan, por lo tanto, la condición de empresario, sino que están realizando una actividad por cuenta ajena, y están comprometiendo al empresario, a pesar de ser ellos quienes perfeccionen el contrato en cuestión.

Una condición que se les exige legamente a los representantes, tal y como indica el artículo 282 del Código de Comercio, es que tengan la necesaria capacidad para obligarse. De lo contrario, y aunque actúen en nombre del empresario, se entiende que los contratos perfeccionados por ellos no podrían entenderse válidos.

Aunque de carácter voluntario, esta representación resulta distinta a la que se produce en el ámbito del Derecho civil. En Derecho mercantil se está produciendo una exteriorización en apoderamientos típicos, en atención a la apariencia que genera la actuación en el tráfico mercantil, y para la protección de los terceros que actúen de buena fe.

La normativa está presuponiendo que la representación conferida por el empresario otorga a cada colaborador subordinado el poder necesario para el desarrollo de su actividad en la sociedad –en función del cargo que ocupe, por lo tanto, se entiende que dispone de mayores o menores capacidades–. De esta manera, lo que ocurre es que debe entenderse que el representante se encuentra autorizado por el empresario para la realización de todos los actos necesarios para la función que le ha sido encomendada dentro del organigrama de la sociedad.

De este modo, el empresario es libre de nombrar a uno o cuantos auxiliares considere necesario y, en caso de que no indique lo contrario, se entiende que no ha procedido a establecer restricción alguna en el ámbito representativo de estos auxiliares. Por lo tanto, la totalidad de los actos jurídicos que realicen estos representantes designados libremente por el empresario en el tráfico mercantil se reputarán como efectuados por cuenta del empresario, que será el obligado por los mismos y quien deberá cumplirlos.

Esto será así porque, habitualmente, el auxiliar actuará no sólo por cuenta o interés del empresario, sino también en su nombre. La actuación por cuenta del empresario no sólo se presupone, sino que existe cuando el acto realizado por el representante pertenece a la función que le ha sido encomendada por el empresario.

No obstante, existe la posibilidad de que el auxiliar actúe en nombre propio, y no en el de la empresa, lo que implicará que las obligaciones

derivadas de la perfección del contrato tendrán que ser cumplidas por el propio representante, pues se ha obligado a sí mismo respecto al tercero.

1.2. Clases de representación

Aunque con la utilización de una terminología arcaica, más propia del tiempo en que se aprobó el Código de Comercio que del actual, este cuerpo legal distingue dos clases distintas de apoderados, en función de cuál es el ámbito de poder que les ha sido conferido por el empresario.

El primer tipo es el de los apoderados generales, denominados factores o gerentes, cuya regulación se encuentra en los artículos 281 y 283 del Código de Comercio. La doctrina entiende que los poderes del factor tienen un carácter general cuando le autorizan a la realización, en nombre del empresario, de todo lo que se encuentre comprendido en el giro y tráfico de la empresa (Arpio Santacruz, 2015, p. 372).

El segundo tipo se corresponde con los apoderados singulares, denominados dependientes o mancebos, y cuya regulación encontramos en los artículos 281, 292 y 293 del Código de Comercio.

1.2.1. Los apoderados generales

Los apoderados generales, como bien indica su nombre, se encuentran dotados por el empresario de un poder de carácter general, por el cual pueden llevar a cabo la realización, en nombre y por cuenta del empresario, el tráfico o giro propio de aquel, según indica el artículo 281 del Código de Comercio. Para ello, en virtud del artículo 283 del mismo cuerpo legal, pueden realizar la dirección, administración o contratación respecto a las cosas concernientes a su empresa.

A pesar de lo que podría interpretarse de la redacción de los artículos anteriormente transcritos y del nombre, el apoderamiento general no tiene por qué, indefectiblemente, suponer la existencia de un poder de carácter ilimitado. El poder se otorga con carácter general cuando se refiere a los objetivos

generales de la compañía, permitiendo la interpretación de esto como la habilitación para encontrarse al frente de ciertas áreas funcionales o territoriales.

Por lo tanto, se entiende que el apoderamiento general permite la realización de cualquier tarea inherente al cargo del apoderado. Esto es, si se refiere a una delegación territorial, cualquier actividad de la sociedad que tenga que ver respecto a esta delegación. El apoderamiento general opera, por tanto, respecto de la delegación en particular, pero no respecto a la empresa en términos generales, pues el apoderado general de, por ejemplo, la delegación de Madrid de una sociedad no tendrá ningún tipo de capacidad decisoria sobre la delegación de Zaragoza de esa misma compañía.

El poder se entiende, por lo tanto, como general, cuando está otorgado en términos generales –que resulta lo más habitual–, pero también si hace referencia a una enumeración de facultades que pueda realizar el apoderado, siempre y cuando permitan al representante ostentar la capacidad para la dirección de la empresa en su conjunto o la dirección de algún área de la compañía o sector funcional.

Encontramos, dentro de este apoderamiento general, dos posibilidades distintas de categorización respecto a quienes ejerzan la actividad. Así, puede distinguirse entre factor notorio e inscrito, y factor interesado.

La figura del factor notorio requiere, como puede extraerse de los artículos 281 a 284 del Código de Comercio –y del 1280, punto quinto, del Código Civil–, de la existencia previa de algún tipo de apoderamiento, otorgado por el empresario, y la realización de su actividad únicamente a las facultades que le hayan sido conferidas en el poder o las directrices marcadas por el empresario.

No obstante, aunque falten estas exigencias, los contratos celebrados por los factores notorios resultarán válidos, con el objetivo de la primacía de la seguridad jurídica y evitar el perjuicio a terceros, aunque se carezca de este poder.

Respecto a la obligatoriedad de existencia de algún apoderamiento, se ha pronunciado, indicando lo contrario cuando se realizan actos tendentes a

la consideración de que nos encontramos ante un factor de la sociedad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1991 (ROJ STS 2493/1991). En su fundamento de derecho tercero, la Sentencia indica que:

“Si bien es cierto que la figura del factor mercantil requiere en punto a su actuación correcta en el mundo negocial, de la previa existencia de un apoderamiento escriturario otorgado por su principal, como así se viene a reconocer en los arts. 281 a 284 del Código de Comercio y 1.280.5 del Civil , así como acomodar su actividad a las facultades conferidas en el poder o directrices marcadas por su mandante, no lo es menos que en su comportamiento frente a terceros tiene vital importancia la «apariencia jurídica» que rodea su actuación, de manera que cuando el quehacer que realiza, por su propio contenido trascendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, la consecuencia que origina es la vinculación entre la empresa y dicho tercero, pues de lo contrario quebraría el principio de la seguridad jurídica. Proyectando lo dicho al caso de autos y dado que uno de los presupuestos fácticos establecidos fue el relativo a que, no obstante no haber otorgado la sociedad recurrente formalmente poderes a su jefe de ventas para la venta de los pisos y locales de negocio, de hecho se los tenía concedidos, resulta evidente que lo convenido por semejante empleado obligaba a su empresa, y ello, en los términos prevenidos en el primer párrafo del art. 1.727 del Código Civil , con lo cual se excluye la denunciada infracción del mismo, así como la de los arts. 283 y 284 del Código mercantil, en relación con el 1.280.5 del Civil , lo que determina, en definitiva, la claudicación del motivo examinado”.

En lo concerniente a la obligación de cumplimiento que suponen al empresario los acuerdos alcanzados por el factor notorio, para la protección de terceros, se ha pronunciado el Alto Tribunal. En concreto, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2007 (ROJ STS 6121/2007). La Sentencia, en su fundamento de derecho tercero, indica que:

“La Sentencia de 30 de septiembre de 1960 lo consideraba como una forma de mandato permanente y general del comerciante, y viene a decir que aún cuando no exprese que contrata para el comitente, o incida en extralimitación de facultades, en incumplimiento de las

Instrucciones o de las directrices recibidas, o se apropie del negocio mismo, la apariencia jurídica que rodea su actuación, en cuanto transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, origina la consecuencia de la vinculación entre la empresa y dicho tercero (Sentencias de 14 de mayo de 1991, 31 de marzo de 1998, 2 de abril de 2004 , etc.). La apariencia jurídica creada con su comportamiento frente a terceros de buena fe explica también la vinculación del comitente con los terceros de buena fe en otras decisiones, que constituyen una línea jurisprudencial bien consolidada (Sentencias de 22 de junio de 1989, 13 de mayo de 1992, 18 de noviembre de 1996, 27 de diciembre de 1999, 7 de noviembre de 2005, RC 1433/99, 7 de noviembre de 2005, RC 1439/95, 6 de marzo de 2006, 27 de marzo de 2007 , etc.), "siempre que los negocios concertados se refieran al propio giro o tráfico de la empresa". En el caso, la sentencia constata con justeza que estamos ante un factor (artículos 281 y 283 CCom .) con más o menos facultades, pero encargado de la dirección y administración de los negocios, como delegado de la compañía de seguros en Santander. Se crea, a partir de ese dato, la apariencia de que está gestionando los asuntos de esa compañía. Hay que rechazar, en consecuencia, los obstáculos que opone la ahora recurrente a la aplicación del artículo 286 del CCom”.

Resultó polémica, en la cuestión del factor notorio, la posibilidad de limitación de los poderes atribuidos al factor, por la contradicción existente entre los artículos 283 y 286 del Código de Comercio –reproducidos con anterioridad–. De este modo, se entendía que el artículo 283 autorizaba el apoderamiento del factor con, tal y como indica su dicción, “*más o menos facultades*”. En cambio, el artículo 286 del Código de Comercio disponía que los contratos perfeccionados por el factor, que notoriamente pertenezca al establecimiento, debían entenderse hechos por cuenta del principal.

Finalmente, se entendió que resultaba posible la interpretación de ambos artículos sin contradicciones. Se lograba en virtud de la disciplina prevista para los efectos que se otorgan a la publicidad registral, en relación con la publicidad de hecho. Los apoderamientos resultan inscribibles en el Registro Mercantil, en cuyo caso serán oponibles frente a terceros, en sus propios términos.

También especifica la normativa, no obstante, la posibilidad de que el factor contrate en nombre propio, y no en el del empresario. En ese caso, de carácter especial, será el factor el que quedará obligado por la perfección del contrato.

Por último, el segundo tipo de factor es el interesado, una figura particular y de especial interés, reseñada en el artículo 288 del Código de Comercio.

La particularidad de esta figura estriba en que, además de la retribución salarial pactada en su contrato laboral, este factor participa en las ganancias obtenidas por el empresario. Nos encontramos, por lo tanto, ante una sociedad interna entre ambos. De tal manera que, si la cuantía que debe percibir viene determinada por las partes, esta deberá ser proporcional a los bienes o derechos que hubiera aportado el factor interesado a la sociedad.

Los poderes conferidos a los factores, independiente del tipo de que se trate, se entienden vigentes hasta la revocación de los mismos, aunque esto no resultará necesario cuando fallezca quien se los hubiere otorgado. Igualmente, la existencia de un poder a favor del factor no implica que el empresario no pueda encargar la realización de esa tarea a otra persona.

1.2.2. Los apoderados singulares

Fruto de la arcaica terminología del Código de Comercio, encontramos en su redacción los conceptos de dependientes y mancebos, típicos de la época de promulgación del texto legal, pero de escasa o nula utilización –respecto al significado o utilización en lenguaje coloquial– en la actualidad. Son, en cualquier caso, dos conceptos que se circunscriben al comercio de la tienda.

Los dependientes son los apoderados singulares que tienen atribuida la representación para la actividad de una sección o de una rama del negocio.

En los términos expresados en el Código de Comercio, debe entenderse al mancebo como la persona cuyo apoderamiento queda circunscrito a las ventas y cobranzas en almacenes abiertos al público, así como también a la recepción de las mercancías.

En la actualidad, el término mancebo, de escaso –o nulo– empleo en el lenguaje habitual, se encuentra todavía recogido en el diccionario de la Real Academia Española de la lengua. En él, se recoge como primer significado “*dicho de la persona: joven (de poca edad)*”. La cuarta acepción encaja todavía –si no por completo, sí en el sentido general– con el significado que le otorga el Código de Comercio, pues el diccionario nos indica que se trata del “*aprendiz asalariado de categoría inferior. Mancebo de barbero, de comercio*”.

Otro tipo de apoderados singulares son los representantes de comercio. En este caso, se trata de los conocidos más vulgarmente como agentes o viajantes. Estos profesionales asumen la función de promoción, de manera estable, de operaciones mercantiles relativas al tráfico o giro de la empresa, fuera el establecimiento del empresario. Para la realización de su actividad, deben seguir las instrucciones del empresario y no asumen el riesgo de las operaciones perfeccionadas, sino que esta cuestión le corresponderá al empresario, pues contratan en su nombre.

Respecto al viajante, actúa en nombre y por cuenta del empresario, realizando únicamente labores de promoción de los productos de la compañía. Por lo tanto, limita su actividad a la transmisión de los pedidos de los clientes.

Por su parte, el agente tiene como tarea la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena. No obstante, también existe la variante por la cual puede promoverlos y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, a cambio siempre de una remuneración.

Existe, en ocasiones, cierta confusión con la figura del agente. Suele tratarse de un profesional autónomo, y los clientes con los cuales contrata suelen pertenecer a su propia cartera, y no a la de la sociedad, a pesar de que perfeccionará los contratos en nombre de esta última. Las obligaciones del agente comercial vienen reflejadas, principalmente, en el artículo 9.2 de la Ley del Contrato de Agencia.

2. Obligación de llevanza de la contabilidad

El estatuto jurídico del empresario recoge distintas obligaciones del mismo; entre ellas, la llevanza de la contabilidad, que implicará la necesidad de rellenar una serie de documentos que recogerán la información indicada por la normativa. En función del tipo de empresario del que se trate, estos libros serán un número distinto, como veremos a continuación.

La consideración de una persona como comerciante o como empresario tiene importantes consecuencias para su régimen jurídico, entre ellas, por ejemplo, los libros que deberá rellenar.

Lo más característico de la naturaleza de empresario es la dimensión social que ostenta, que supondrá la existencia de ciertas restricciones a la manera en la que puede o no administrar su patrimonio empresarial. En este aspecto, debe aceptar que otros grupos que estén interesados —especialmente los trabajadores— puedan intervenir, hasta cierto punto, en el proceso de toma de decisiones. Igualmente, en aquellas circunstancias que lo exija el interés general, la empresa puede resultar objeto de intervención, como refleja el artículo 128.2 de la Constitución Española.

Por su parte, lo concerniente a la concentración empresarial —esto es, la unión de dos o más empresas por fusión o por adquisición de alguna de ellas—, se encuentra sujeto a un régimen jurídico especial.

En el ámbito de la contratación privada, la participación de un empresario en un contrato resulta relevante, pues dota inmediatamente de carácter mercantil a ciertos contratos que, si no contasen con la intervención en los mismos de un empresario, tendrían naturaleza de carácter civil —como, por ejemplo, las cuentas de participación recogidas en el artículo 239 del Código de Comercio—.

La consideración de empresario a una persona natural —o jurídica— implica la obligación de cumplimiento con ciertos deberes, de los que dos de ellos pueden considerarse como fundamentales. En este aspecto, el primer de ellos será la necesaria llevanza de la contabilidad, necesaria para dejar constancia del devenir de la empresa, y cuyo soporte legal existe desde 1989. El

artículo 25 del Código de Comercio recoge esta obligatoriedad de contabilidad para todos los empresarios. En segundo lugar, se establece también la obligación de inscripción en el Registro Mercantil –exceptuándose al empresario individual, pues para él dicha inscripción resulta potestativa salvo que, como excepción a la excepción, se trate de naviero–.

Como ya se ha señalado en alguna ocasión durante el desarrollo de esta obra, en los distintos artículos en los que el Código de Comercio utiliza el término *comerciante* debe entenderse, en adaptación a la sociedad actual, que realmente está empleando el término *empresario*.

Como características comunes existentes entre los comerciantes y los empresarios, debe señalarse por ejemplo que forman parte del tráfico o giro de una empresa, regulándose ambos por tanto dentro del Derecho Mercantil. En los casos en que intervenga un empresario que no sea comerciante –como ocurrirá cuando intervenga, por ejemplo, una Caja de Ahorros–, también se considerará que el contrato perfeccionado entre las partes adquirirá carácter mercantil.

En el ámbito fiscal, la consideración de una persona como empresario o no empresario también implica una importante trascendencia, pues los empresarios se encuentran sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido –IVA–. No obstante, disponen de la posibilidad de realizar la constitución de Uniones Temporales de Empresas –UTE, cuestión regulada en la Ley 18/1982– y Agrupaciones de Interés Económico –Ley 12/1991– para la obtención de un estatuto fiscal especial.

Los empresarios dispusieron de un régimen jurídico especial en caso de existencia de crisis empresarial, establecido en su momento por la Ley Concursal –que veremos más en detalle en la última unidad de esta obra–, que unificó el sistema. Sin embargo, esta misma unificación ha implicado que el procedimiento concursal resulte aplicable a todo tipo de deudores, ya se traten de comerciantes o empresarios, grandes o pequeñas compañías, y personas naturales o jurídicas. Del mismo modo, la actual normativa ha aplicado un sistema único –con particularidades, pero uno solo– tanto para la imposibilidad temporal del pago de las deudas, como para la absoluta.

El artículo 25 del Código de Comercio es el encargado de recoger en su redacción el principio general de que todo empresario tiene la obligación de la llevanza de la contabilidad.

El incumplimiento de esta obligación se encuentra sancionado, pero únicamente en la legislación fiscal, penal y administrativa. Como puede observarse la inobservancia de esta obligación queda, por tanto, fuera de penalización en el ámbito mercantil. En nuestro ámbito, la normativa únicamente establece sanciones de carácter jurídico–mercantil de manera indirecta, como puede ser en caso de concurso de acreedores.

Concretamente, cuando una sociedad se encuentra en procedimiento concursal, la inobservancia de las normas por parte del administrador o del empresario podrá entenderse como incumplimiento de sus obligaciones, lo que implicará el agravamiento de la responsabilidad del encargado de la realización de esta tarea, pudiendo llegar a tener que responder –en ciertos casos– con su propio patrimonio personal de las deudas de la compañía.

Debido a la inexistencia de capacidad sancionadora directa, ha existido un posicionamiento doctrinal que ha abogado por la inexistencia de la obligación de llevanza de la contabilidad desde un punto de vista técnico–jurídico. En base a esta opinión, sería como máximo reconocible la imposición de un deber jurídico–público o una carga concreta respecto a esta contabilidad. Un posicionamiento que podría confirmarse en base a las sanciones impuestas en casos de incumplimiento de la obligación de depósito de Cuentas Anuales en el Registro Mercantil, pues conlleva la imposición de una multa a la sociedad incumplidora y el cierre parcial en el Registro Mercantil.

El deber de llevanza de esta contabilidad obliga a todos los empresarios, indistintamente a la forma jurídica adoptada, y ya sea empresario individual o sociedad mercantil. Debe apuntarse, no obstante, que la obligatoriedad es de llevanza, pero no implica que personalmente deba realizarla, sino que lo necesario es que los libros estén cumplimentados y en orden. En este aspecto, bien pueden hacerlo ellos, bien puede ser una labor desarrollada por otros profesionales.

De hecho, esta obligación, cuando nos referimos a una sociedad mercantil, queda impuesta a los socios colectivos –en el caso de las sociedades de personas– y a los administradores –en las sociedades de capital–. Como se ha señalado, en cualquiera de estos casos, la obligación se cumplirá directamente o a través de persona autorizada.

El deber de llevanza de la contabilidad recae sobre la totalidad de los empresarios, resultando indistinta la actividad a la que se dedique la compañía a la que pertenecen o el tamaño de la misma. No obstante, la intensidad de esta obligación no resultará idéntica para todos, pues se entiende que la contabilidad debe ser *adecuada*, entendiéndose esta expresión en función de la actividad realizada y la dimensión de la compañía.

La contabilidad engloba una doble dimensión –formal y material–, implicando un conjunto de normativas cuyo objetivo se centra en garantizar la representación externa del funcionamiento de la sociedad, de modo que quede constancia de cómo está yendo la actividad de la compañía. Esta constancia tendrá gran importancia en cuestiones como materia impositiva, que escapan a nuestro objeto de estudio, pero también en el precio de venta de la sociedad si el empresario decide transmitirla, –será muy distinta la cantidad que podrá ofertar un comprador interesado si la compañía tiene beneficios todos los años o pérdidas, y en función de la cuantía concreta–, o si resulta necesaria la petición de un crédito.

Respecto a la indicada dimensión formal, se refiere a cuáles son los libros concretos que cada sociedad tendrá obligación de cumplimentar, y cómo debe realizarlo –en lo referido a ciertos requisitos de carácter externo–. En lo concerniente a la dimensión material, alude a las normas que ordenan el uso adecuado de estos libros que deben cumplimentarse –con cuestiones como, por ejemplo, el necesario secreto de la contabilidad, que no obstante da la impresión de serlo cada vez menos– y disciplinan cuál es el valor de los diferentes asientos de los libros a efectos probatorios.

7. EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

SUMARIO: 1. Introducción y características / 2. Sociedad civil y sociedad mercantil / 3. Tipos de sociedades mercantiles / 4. El establecimiento mercantil

1. Introducción y características

Debido a la continua evolución experimentada en el tráfico mercantil y en el propio Derecho Mercantil, el concepto de sociedad no ha sido siempre el mismo, modificándose en función del tiempo concreto al que estemos aludiendo. En este aspecto, debe distinguirse el considerado concepto clásico de sociedad, así como el más actual, que ha supuesto un replanteamiento del mismo. Igualmente, nos referiremos al denominado contrato social, donde se reflejan las principales características de una sociedad concreta.

1.1. Concepto clásico de sociedad

Ha resultado tradicional distinguir, dentro del fenómeno asociativo, los conceptos de asociación, de sociedad, de comunidad y de cooperativa.

Se entiende como asociación a la unión voluntaria, duradera y organizada de personas, que ponen en común sus fuerzas para la consecución de un fin de carácter ideal o extraeconómico.

Debe entenderse como sociedad al contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria para la realización de una actividad con el fin de repartir entre sí las ganancias obtenidas de ella, como señalan los artículos 1665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio.

La sociedad excluye la titularidad de los socios, puesto que las cosas o derechos aportados por los mismos pertenecen automáticamente a la

persona jurídica que nace de la constitución de la sociedad, incorporándose a su patrimonio y dejando de formar parte del patrimonio de quien los aporte a esta sociedad.

En lo respectivo a comunidad, en ellas se presupone que una cosa o un derecho pertenece proindiviso a varias personas para su uso o disfrute común, como refleja el artículo 392 del Código Civil.

En lo respectivo a las cooperativas, el artículo 1 de la Ley de Cooperativas indica que:

“es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional”.

La principal diferencia entre sociedad y cooperativa radica, por lo tanto, en que la cooperativa posee un número de socios y de capital variables, pero no persiguen realmente una finalidad de carácter lucrativo. Por su parte, la sociedad no posee un capital variable, y tiene como objetivo principal el ánimo de lucro.

En la sociedad, se busca la obtención de un lucro directo, que ingrese en el patrimonio social de la compañía, para posteriormente ser repartido entre los integrantes de la misma. Mientras, en las cooperativas no se persigue este beneficio, sino que el objetivo real termina siendo la reducción de costes, el ahorro de los miembros de la cooperativa.

1.2.Replanteamiento del concepto de sociedad

El recelo de los poderes públicos frente al asociacionismo, especialmente el de tipo político, permitió la justificación en el siglo XIX la exigencia de existencia de ánimo de lucro para la permisión de un mayor margen de maniobra y libertad a las agrupaciones de personas que persiguiesen finalidades de carácter económico y lucrativo.

Hoy día, se afirma que la necesidad de existencia de ánimo de lucro ya no resulta necesaria para la consideración y el reconocimiento del derecho de asociación, pues se encuentra recogido en el artículo 22 de la Constitución Española.

En la actualidad, por lo tanto, no resulta necesario este ánimo de lucro para la consideración de existencia de sociedad, y su concepto no requiere de tal exigencia. Lo que sí puede diferenciarse hoy día son dos conceptos distintos de sociedad, entendiéndola como un concepto de carácter amplio, o restringido.

En el concepto amplio de sociedad se entiende que únicamente resulta necesaria la presencia de un acuerdo entre los socios –por lo tanto, origen negocial– y la existencia de un fin común entre todos ellos, independientemente de que este objetivo sea lucrativo o no.

Sin embargo, el concepto restringido de sociedad abarcaría únicamente a aquellas sociedades que contasen efectivamente con ánimo de lucro.

No obstante, en todos estos casos –tanto en el concepto amplio como restringido– en lo referente a su naturaleza, suele afirmarse que el de sociedad es un contrato de organización plurilateral.

1.3.El contrato social

El título de este epígrafe no debe inducir a error al lector, pues no estamos aludiendo en ningún caso al contrato social esgrimido en 1762 por Jean–Jacques Rousseau.

Sin embargo, a lo que aludimos aquí al referirnos al contrato social es a una cuestión bien distinta, como es el acuerdo que se produce para la creación de alguna sociedad.

Una sociedad es un contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común algún tipo de bien o industria, con la intención de repartirse las ganancias obtenidas por la misma, como indica el artículo 116 del Código de Comercio.

Este contrato social tiene características muy específicas. En este aspecto, el contrato de sociedad será plurilateral, lo que implica que aquello que caracteriza al contrato no es la naturaleza de la prestación, pues estas prestaciones ingresan en la sociedad —el resto de los socios no serán acreedores de ella— y no resulta necesario que sean equivalentes.

Además, el contrato social tiene naturaleza organizativa, con carácter duradero y de colaboración, encontrándose en él presente la idea de la comunidad de fin y de la necesaria trascendencia que tiene para la generalidad el hecho de que otorga vida a un ente.

Dentro de este contrato social, encontramos varios elementos que definirán al mismo, entre los que deben mencionarse el consentimiento, la causa y el objeto.

En lo que respecta al consentimiento, este deberá producirse respecto a la totalidad del contrato y encontrarse exento de cualquier tipo de vicios.

Se entiende que cualquier persona, ya sea física o jurídica, puede constituir sociedades, siempre que tengan la capacidad suficiente.

La causa del contrato social será el objetivo que persiguen los fundadores con la creación de la sociedad. Una compañía se constituye para el ejercicio de algún tipo de actividad económica, pero esta realización del mismo es únicamente el medio empleado para la obtención del fin último y real; unos beneficios, unas ganancias que se repartirán posteriormente entre los socios.

Como último elemento del contrato social, encontramos el objeto. Con ello, estamos aludiendo a las aportaciones de los socios en la compañía. La aportación, o poner algo en común, resulta esencial al concepto de sociedad.

Entendemos como aportación la prestación que efectúa el socio como medio para la obtención del fin común que la sociedad persigue a través del ejercicio de la actividad propia para la que fue constituida.

En principio, debe entenderse que cualquier tipo de colaboración que contribuya al fin común puede servirnos y entenderse como aportación. Además, esta aportación deberá ser adecuada a la formación del patrimonio

social, en función del tipo de sociedad, y tendrá también que cumplir una función de garantía, que adquirirá mayor impronta en aquellas sociedades en las que los socios no respondan con su patrimonio personal de las deudas de la sociedad.

Las aportaciones realizadas por los socios pueden consistir en bienes o industria, pudiéndose aportar a título de uso o de dominio. La aportación realizada por cada socio tendrá que entenderse lícita, posible y determinada.

2. Sociedad civil y sociedad mercantil

Una de las principales clasificaciones relativas a las sociedades es la diferenciación entre sociedad civil y mercantil, ya tratada en el tema anterior, pero que recuperamos en este epígrafe para una explicación desde un punto de vista distinto.

Problema fundamental en la distinción entre un tipo y otro de sociedad radica en la doble regulación existente en el Código Civil y el Código de Comercio.

Existen, además, claras incongruencias entre los artículos 116 y 199.1 del propio Código de Comercio.

Ha existido debate doctrinal respecto a la cuestión de la diferenciación entre un tipo u otro de sociedad, para la comprensión de cuándo una sociedad pertenecerá a una modalidad o a la otra.

El criterio más extendido es el de la *forma*. Esta posición doctrinal implica que se interpretará la mercantilidad o no de las sociedades en función de la *clase* o *forma* seleccionada por los socios para la compañía. De este modo, se reputarán siempre como mercantiles aquellas sociedades que hubieran optado por alguna de las formas mercantiles existentes o se dediquen al comercio. En este sentido, siempre serán mercantiles las sociedades colectivas, las sociedades comanditarias y las sociedades anónimas, por ejemplo.

Esta distinción entre sociedad civil o mercantil resulta muy importante en la práctica, puesto que la calificación de un tipo u otro de la compañía

implicará que le sean aplicables las normas relativas al estatuto del empresario o no, con las consiguientes obligaciones contables que conlleva esta categorización.

En lo concerniente a las sociedades, tanto las mercantiles como las civiles se caracterizan por una finalidad de carácter eminentemente lucrativa, resultando en ambos casos una asociación de carácter voluntario de personas que ponen en común bienes o industria y constituyen un fondo patrimonial. Además, el origen de esta compañía siempre será la perfección de un contrato, que tendrá carácter organizativo y en el que se regularán las relaciones existentes entre los socios.

3. Tipos de sociedades mercantiles

Existen diversos tipos de sociedades mercantiles en nuestro país. Si bien las más importantes son la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, por lo que serán objeto de un estudio más amplio en el próximo capítulo de esta obra, debemos referirnos también a otros tipos de compañías existentes en la actualidad.

En función de qué fuentes se consulten, se establece que los principales tipos de sociedades mercantiles existentes en España son cuatro o cinco. Realmente, la diferencia fundamental radica en la consideración de la Sociedad Comanditaria como un tipo único, su categorización en dos diferentes, como serían la Sociedad Comanditaria simple y la Sociedad Comanditaria por acciones. En lo que concierne a esta obra, se ha optado por un estudio unificado de ambas.

Realizadas estas precisiones previas, comenzamos con una sucinta revisión a los principales tipos de sociedades mercantiles.

La Sociedad de Responsabilidad Limitada es la más habitual en España desde hace mucho tiempo, debido al hecho de que los empresarios que formen parte de ella no tendrán la obligación de responder con su patrimonio, de manera personal, de las deudas originadas por la actividad de la sociedad. En ellas, como ya sabemos, la responsabilidad de cada uno de los socios se

limita al capital aportado. La adopción de este tipo de sociedad resulta habitual en las pequeñas y medianas empresas, resultando el capital necesario para su constitución muy inferior al exigido en una Sociedad Anónima.

Por su parte, la Sociedad Anónima es el segundo tipo de sociedad mercantil más utilizado en nuestro país. En este caso, y exigiendo un capital mínimo para su constitución de 60.000 euros, las acciones pueden transmitirse libremente, pues el hecho de ser socio no implica una especial relevancia en la sociedad, al fomentarse los fines capitalistas sobre los personalistas.

De estos 60.000 euros, en función del tipo de acciones en que estén constituidos, no toda la cantidad deberá haber sido desembolsada por los socios –aunque su responsabilidad respecto a las deudas de la compañía alcanzará a la cifra total que se comprometieron a aportar– sino que será posible que únicamente un 25% del importe total haya sido desembolsado en el momento de constitución de la compañía –y el porcentaje restante deberá aportarse en función de un plan establecido con la sociedad–. En una Sociedad Anónima, que habitualmente son las compañías más grandes, puede existir un gran número de socios, que ni siquiera se conozcan entre sí.

El tercer tipo de sociedad mercantil al que aludiremos es la Sociedad Colectiva –también denominada Sociedad de Responsabilidad Colectiva–. En este tipo, que puede constituirse a partir de dos personas, los socios desempeñan un papel tremendamente importante, pues no intervienen de manera exclusiva depositando su capital en la compañía –algo que también hacen–, sino que también gestionan la misma de manera directa y además aportan su trabajo. No obstante, puede existir también la figura del socio industrial, esto es, el socio que únicamente aporta su trabajo a la sociedad. Por la suma de todos estos factores, resulta lógico el hecho de que la condición de socio no pueda transmitirse libremente. Respecto a la responsabilidad de sus socios, esta tiene carácter ilimitado, lo que implica que responderán de las mismas con su patrimonio personal.

Para su constitución, además de la necesidad ya reseñada de al menos dos personas, no existe ninguna cantidad mínima de capital, aunque lo lógico es que sea adecuada a la actividad que va a realizar la entidad. Además, en su

denominación, deberá incluirse el nombre de uno de los socios, y posteriormente, las palabras “y *Compañía*”, en ocasiones, también recogidas como “y *Cia.*”, resultando imposible la adición en esta denominación del nombre de algún otro socio. En la actualidad, este tipo de sociedad mercantil en España apenas se utiliza.

El cuarto tipo importante de sociedad mercantil es la denominada Sociedad Comanditaria –que también es conocida como Sociedad en comandita–. Sus rasgos resultan semejantes a los de la Sociedad Colectiva, aunque existen diferencias entre ambas. Por ejemplo, en la Sociedad Comanditaria no es necesario que los socios sean los encargados de las labores de gestión.

En este tipo de sociedad existen dos tipos distintos de socios; de un lado, encontramos a los socios colectivos, que responderán de manera ilimitada de las deudas sociales y además se encargarán de la gestión de la sociedad. Por el otro lado, los socios comanditarios, cuya responsabilidad se encontrará limitada al capital que hayan aportado a la sociedad o comprometido en la misma, y que no participarán en la gestión. Además, esta sociedad tiene dos variantes distintas, dos tipos diferentes, como son la Sociedad Comanditaria simple y la Sociedad Comanditaria por acciones.

Además de los tipos de sociedades mercantiles más destacados, que ya hemos visto, pueden también añadirse en el listado las Sociedades Laborales y las Agrupaciones de Interés Económico.

Respecto a los criterios que influyen en la decisión del tipo social de entidad, deben considerarse temas como el régimen de responsabilidad de los socios –lo que están dispuestos a asumir o no–, la clase de actividad que la compañía vaya a desarrollar, las necesidades de financiación previstas para el ejercicio de dicha actividad, el capital social mínimo requerido en función del tipo de sociedad mercantil que los socios pretendan constituir, y también el tratamiento fiscal de las sociedades –si bien este último punto no es un criterio realmente destacable, pues resulta semejante para todos los tipos de sociedades mercantiles–.

3.1. Personalidad jurídica de las sociedades

Aunque a grandes rasgos ya se ha analizado la personalidad jurídica de las sociedades en el capítulo anterior, debido a su relación con la temática estudiada en estas páginas, resulta necesaria una recapitulación, más breve, que la visa anteriormente. Para el resto de información pertinente, puede consultarse lo recogido respecto a esta personalidad jurídica de las sociedades en el tema tercero de esta obra.

Uno de los principios generales del Derecho español que afectan a las sociedades mercantiles es el reconocimiento de la personalidad jurídica a todas estas entidades, tal y como recoge el artículo 116 del Código de Comercio, que recoge el hecho de que, una vez constituida la compañía mercantil, esta tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.

El Derecho trata unitariamente a la colectividad que surge de la perfección del contrato, entendiendo que se trata de un sujeto, es decir, como si fuera una persona física. Esta personalidad jurídica de la sociedad será distinta de la que tengan los socios como personas físicas, lo que resulta válido incluso también para las sociedades unipersonales, donde deberá distinguirse la persona jurídica –la sociedad unipersonal– de la persona física –el único socio que la conforma–.

La sociedad con personalidad jurídica tiene una serie de requisitos que deberá cumplir obligatoriamente. En este sentido, resulta imposible que dos sociedades tengan el mismo nombre, pues el Registro Mercantil impedirá la inscripción de la segunda, dando prevalencia a la ya existente, que podrá continuar con su actividad sin ningún problema.

El domicilio, que permite la localización en el espacio físico de la sociedad. Si no se ha fijado un domicilio en los estatutos de la entidad, se entenderá como tal el lugar en que se encuentre establecida su representación legal, o donde se estén ejerciendo las principales funciones de la compañía. Del mismo modo, resultará también muy importante la nacionalidad de la sociedad, como veremos más adelante en este mismo capítulo.

La sociedad, por lo tanto, adquirirá la condición de empresario y se encontrará sometida a su estatuto propio y al cumplimiento de todas las obligaciones y los deberes propios del empresario. Además, dispondrá de un patrimonio propio, separado del de sus socios, y se entenderá que la cualidad de socio en estas entidades no lleva automáticamente implícita la cualidad de empresario.

3.2. La mercantilidad de las sociedades

Para la determinación de la mercantilidad de las sociedades, entendida como la finalidad o el motivo de realización de actos jurídicos en los que el fin de lucro determina que le sean aplicables las leyes mercantiles, debemos fijarnos en varios criterios.

Realmente, en esencia, el criterio de la finalidad lucrativa, para la determinación de la mercantilidad o no de las sociedades, no nos resultará válido, puesto que este objetivo de obtención de lucro se producirá tanto en la sociedad mercantil como en la civil. De la misma manera, no nos resultará adecuado el criterio de la personalidad jurídica propia, puesto que se les reconoce a ambas cuando cumplen los requisitos de forma y objeto exigidos.

En lo concerniente a la forma, entenderemos como mercantiles a las entidades que adopten las formas previstas en el Código de Comercio. No obstante, el Código Civil complicó esta diferenciación, al permitir la existencia de sociedades civiles con forma mercantil, tal y como indica el artículo 1670 de este cuerpo legal.

Respecto al objeto, se entenderán como mercantiles aquellas sociedades cuyo objeto de actividad consista en la realización de una empresa industrial, o en el comercio. En este sentido, las sociedades de capital serán mercantiles siempre, independientemente de cuál sea su objeto, estableciéndose en este sentido el criterio de la forma.

Además, en las sociedades mercantiles resultan muy importantes dos cuestiones, como son la determinación del domicilio de la sociedad y de su nacionalidad.

El domicilio permite la localización de la sociedad en el espacio físico, en una dirección concreta, situándola por lo tanto en un lugar específico, concreto y determinado, sin que exista género alguno de dudas de cuál se trata.

La sede de las sociedades, por lo tanto, será el lugar elegido por los socios para la localización de la actividad jurídica de la entidad, anudándole a esta sede nuestro ordenamiento jurídico varios factores, como serán el lugar de cumplimiento de las obligaciones, o el lugar de reunión de la asamblea o de otros órganos sociales, así como la recepción de correspondencia y otras cuestiones.

La determinación del domicilio de la sociedad en los estatutos sociales es obligatoria, y se encuentra regulada en los artículos 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital.

En lo concerniente a la nacionalidad de las sociedades, resulta relevante y determinante para la fijación de la ley aplicable respecto a la entidad, en cuestiones tan importantes como la capacidad, representación, constitución, funcionamiento, transformación, disolución y extinción de la sociedad.

Para la determinación de esta sociedad, la normativa española sigue un criterio mixto de constitución y domicilio de la entidad.

En este sentido, el artículo 28 del Código Civil entiende que únicamente se considerarán como españolas a las sociedades que hayan sido constituidas con arreglo a la normativa nacional y se encuentren domiciliadas en España. Del mismo modo, la Ley de Sociedades de Capital recoge disposiciones respecto a la nacionalidad de las mismas en los artículos 8 y 9.2 – recientemente transcrito en esta obra–.

4. El establecimiento mercantil

La normativa no define específicamente el concepto de establecimiento, de manera que no puede entender en un único sentido. Muy al contrario, permite la distinción entre dos conceptos distintos, uno estricto, y el otro amplio.

Se entiende como establecimiento mercantil, en sentido amplio, el empleo del mismo como sinónimo de empresa en sentido objetivo. En cambio, en sentido estricto, este concepto coincide con los bienes inmuebles y las instalaciones en las que el empresario desarrolla su actividad. De esta manera, en el concepto amplio el término no coincide con el de un local –entendido este como una instalación inmueble con carácter fijo y permanente– sino que engloba también a toda instalación móvil en la que el empresario realice su actividad, como los camiones tienda, o los puestos desmontables y que puedan ser transportados para la realización de tareas de venta ambulante.

El concepto amplio, por otra parte, no incluye la necesidad de que el establecimiento a que se refiere, para la consideración como tal, se encuentre abierto al público –como ya sabemos, la norma considera abierto al público los almacenes o tiendas que estén abiertos al público por un espacio consecutivo de ocho días, o que se encuentren anunciados por rótulos, entre otras cuestiones–. Por lo tanto, el comprador en un establecimiento abierto al público se considera, en este sentido, de manera amplia, siendo más inclusivo que el concepto de consumidor. Se incluye, por lo tanto, en este concepto de apertura al público, no sólo las ventas realizadas a consumidores, sino también las que se han realizado al por mayor y entre empresarios.

4.1. El establecimiento mercantil en sentido estricto

Pueden distinguirse varias clases de establecimiento mercantil en sentido estricto. Las principales clases que pueden destacarse se refieren a la índole de la actividad desarrollada y a la función de la importancia del establecimiento.

En primer lugar, refiriéndonos a la índole de la actividad desarrollada, debe indicarse que su interés práctico se circunscribe al ámbito administrativo. En este aspecto, caben distinguirse tres tipos distintos: comercial, industrial y de servicios.

En segundo lugar, en función de la importancia del establecimiento, se diferencia entre si el establecimiento es de carácter principal, secundario o accesorio. Se entiende como establecimiento principal aquel donde se

encuentra situado el centro principal de las operaciones de la sociedad. Por su parte, el establecimiento secundario también recibe el nombre de sucursal, y se encuentra dotado por el empresario de representación de carácter permanente, así como de capacidad de autonomía de gestión. En esta sucursal se realizan, de manera total o parcial, las actividades de la empresa. Finalmente, nos referimos a establecimientos accesorios cuando aludimos a cualquiera de los restantes.

Una de las cuestiones más importantes, por sus especiales características, en el establecimiento mercantil en sentido estricto, es el arrendamiento de local de negocio. En este caso en particular, existen ciertas especialidades normativas mercantiles, recogidas en el marco de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Las especificidades recogidas en la norma tienen al reforzamiento de los derechos del empresario arrendatario de inmuebles destinados a local de negocio. Se le permite, por ejemplo, apropiarse del plusvalor que obtienen estos locales al ejercicio de la empresa que desarrolla en ellos.

La Ley de Arrendamientos Urbanos distingue entre arrendamientos de fincas urbanas destinadas a vivienda y los dedicados a usos distintos.

En el artículo 3 de esta norma se especifica que en estos usos distintos del local debe encontrarse integrado en una edificación y tener como destino primordial uno diferente al de la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. En esta última categorización quedan comprendidos, de manera específica, los contratos celebrados para la realización en la finca de una actividad industrial, comercial o de servicios. En cambio, no se encuentran insertos los arrendamientos de establecimiento en sentido amplio, o arrendamiento de empresa o negocio.

El arrendamiento de este local de negocio se registrará, en primer término, por la voluntad de las partes que perfeccionen el contrato. En defecto de manifestación de su voluntad, se registrarán por lo dispuesto en los títulos III y IV de la Ley de Arrendamientos Urbanos y, de manera supletoria, por el Código Civil, según indica el artículo 4, punto tercero, del primer cuerpo legal.

Puede destacarse, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la obligatoriedad de prestación de fianza en el momento de celebración del contrato –en metálico– correspondiente a dos mensualidades –como señala el artículo 36, punto primero, de este cuerpo legal–, siendo la cantidad actualizable tras los primeros tres años y, también, la facultad de compelerse las partes para la formalización por escrito del contrato –cuestión recogida en el artículo 37 de la Ley de Arrendamientos Urbanos–.

El arrendatario tendrá la posibilidad de cesión del contrato –incluso el subarriendo del local– sin necesidad de obtención del consentimiento del arrendador. La exigencia de la normativa es la necesidad de notificación en el plazo de un mes. No obstante, existe la posibilidad de que las partes hubieran pactado la necesidad de obtención del consentimiento obligatorio del arrendador.

En el caso de que el propietario del establecimiento pretenda su venta, el arrendatario tendrá derecho a esta adquisición del local, con carácter preferente, en las condiciones previstas en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Existe la posibilidad, si las partes así lo acuerdan, de que el arrendatario renuncie previamente a este derecho.

El tercero adquirente se subroga en los derechos y las obligaciones del arrendador originario, salvo las circunstancias que se encuentran previstas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En esencia, si el tercero adquirió el establecimiento de buena fe y a título oneroso a quien era el dueño en el Registro de la Propiedad, sin que constara la existencia de un arrendamiento sobre ese local, el adquirente puede provocar la extinción del arrendamiento. El detalle fundamental es la presunción de existencia de buena fe y la onerosidad.

Por su parte, el arrendatario ostenta el derecho a exigir al arrendador la llamada indemnización por clientela cuando, finalizado el contrato de arrendamiento de un local por haber expirado el plazo convencional, se hubiera venido ejerciendo durante el último lustro en este establecimiento una actividad empresarial de venta al público. Además, el arrendatario tendrá que haber manifestado, con una antelación de al menos cuatro meses, su intención

de renovar el arrendamiento por un período temporal de otros cinco años, con la correspondiente actualización que suponga el pago del arrendamiento a una cifra acorde al mercado del momento.

4.2. El establecimiento mercantil en sentido amplio

En el establecimiento mercantil en sentido amplio encontramos, en primer lugar, la denominada dimensión objetiva de la empresa. Esto implica que el establecimiento expresa el aspecto objetivo de la empresa, que termina plasmándose en la existencia de un conjunto de elementos materiales –incluido también, en este aspecto, el establecimiento en sentido estricto, pero también cuestiones distintas como las materias primas– o inmateriales, así como personales, que estén organizados por el empresario para la realización de la actividad de la sociedad.

Los elementos de este establecimiento mercantil en sentido amplio dependen de cada caso específico, influyendo por ejemplo cuestiones como la actividad a la que se dedique la sociedad a la que se encuentre coligado este establecimiento. Como regla general, puede afirmarse que está integrado por los distintos bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las diferentes relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario y el fondo de comercio resultante.

Existen, igualmente, un conjunto de valores inmateriales que, aunque es cierto que pueden ser distintos, pueden principalmente reducirse a tres, que son la organización, las relaciones de hecho y las expectativas de ganancias.

Respecto a la organización, implica la selección, combinación y disposición de los elementos objetivo-patrimoniales que forman parte del establecimiento, tales como la red de distribución o comercialización de los bienes o los distintos procedimientos de fabricación, entre otros.

En lo concerniente a las relaciones de hecho, se alude en este caso a las relaciones que se han generado por la actividad desarrollada a través del establecimiento de la sociedad, incluyendo las que se refieren a los proveedores y a la clientela.

El último punto, como ya se ha reseñado, se refiere a las expectativas de ganancias, que se encuentran relacionadas directamente con factores externos a la propia compañía, tales como el entorno en el que la sociedad realiza sus actividades y ofrece sus productos o servicios.

4.2.1. La transmisión del establecimiento

Llegado un momento determinado, el empresario puede tomar la decisión de realizar la transmisión del establecimiento –no olvidemos, continuamos con el establecimiento en sentido amplio–. El establecimiento, como bien económico que es, derivado de la existencia de una unidad funcional y conectada estructuralmente, puede resultar objeto del tráfico jurídico.

Únicamente va a ser transmisible la organización que es fruto de la actividad del empresario, no la actividad creadora del empresario, pues esto último continuará siendo personal e intransferible. De la misma manera, tampoco hay posibilidad de transmisión de valores inmateriales, como la clientela o las expectativas de futuros ingresos, que puedan generarse por el desarrollo de la actividad de la sociedad.

Por su parte, la transmisión de los elementos patrimoniales únicamente adquiere relevancia para el comprador si resultan necesarios para la continuación de la actividad de explotación. Del mismo modo, la transmisión de los elementos resultará fundamental para la resolución de las dudas que puedan aparecer ante la transmisión de los elementos del establecimiento. Únicamente si estos elementos resultan suficientes para que el adquirente desarrolle por su intermedio la actividad de la sociedad se entenderá que ha existido transmisión del establecimiento en sí y no un conjunto de elementos del mismo que puedan considerarse por separado.

En lo concerniente a las distintas fórmulas de transmisión, sólo se distinguen aquellas que se producen de manera definitiva, bien *inter vivos* o bien *mortis causa*, de las que sólo se producen a título limitado –arrendamiento, usufructo–.

Evidentemente, la compraventa de establecimiento obliga al vendedor a la transmisión del mismo a cambio de un precio. La representación unitaria

que las partes realizan del establecimiento como un bien económico justifica que el contrato de compraventa del mismo sea único, con objeto y causas también únicos.

El establecimiento se está transmitiendo como una organización que se encuentra *funcionando*. Por todo ello, no estamos refiriéndonos a una pluralidad de contratos en función de los bienes, derechos y relaciones existentes.

No obstante, existen multitud de derechos sobre cada uno de los distintos elementos que integran este establecimiento, de modo que aunque se encuentren agrupados, esto no implica que pierdan su sustantividad y autonomía propia, ni que se produzca la modificación de su régimen jurídico de carácter individual.

Esta circunstancia no afecta a la unidad del contrato, que será uno solo, pues la diferenciación del régimen únicamente repercutirá en la ejecución de la obligación de entrega. El título será único, a pesar de todos los elementos que formen parte del objeto del contrato. Por todo ello, un posible incumplimiento de las exigencias y formas que la normativa prevé para la tradición de cada elemento no afectará a la validez del contrato –no se requerirá ninguna forma especial, bastando únicamente con el consentimiento de las partes, como reflejan los artículos 1258 del Código Civil y 51 del Código de Comercio–.

También deben considerarse, en la compraventa de establecimiento mercantil, los distintos elementos personales que la componen. Las especialidades más específicas se refieren a la capacidad de las partes contratantes, en capacidad de las partes cuando se produce la enajenación, por ejemplo.

Si nos referimos a personas no emancipadas o incapacitadas, la cesión por parte de sus padres, tutores o guardadores exigirá en todo caso la existencia de causas justificadas, ya sea por utilidad o necesidad, así como la autorización expresa del juez del domicilio, que deberá además solicitar audiencia al ministerio fiscal, como reflejan los artículos 166.1 y 271.2º del Código Civil.

En lo respectivo a los emancipados, estos deberán contar con el consentimiento de sus progenitores y, en caso de que ninguno de los dos pueda prestarlo –por fallecimiento o estar insertos en causa de incapacidad–, será preciso el consentimiento del curador.

Uno de los problemas que pueden producirse para la transmisión del establecimiento es que este sea un bien ganancial, lo que implicará que, para poder realizarse la transmisión de este establecimiento, ambos cónyuges muestren su consentimiento. La excepción al supuesto está clara; que el establecimiento proceda única y exclusivamente de las resultas del comercio de quien ejerce la actividad empresarial –en esta situación, igual que cuando nos referíamos a los bienes que responden de las deudas de la actividad empresarial, la dificultad principal radicará en la prueba si ambas partes no se ponen de acuerdo en cuanto al origen del establecimiento–.

En aquellos casos en los que la administración del establecimiento haya sido conferida por imperativo legal o por decisión judicial a uno solo de los cónyuges, la enajenación no precisará de permiso del cónyuge apartado de su administración, sino que requerirá autorización judicial.

Respecto a la cuestión relativa a las competencias entre órganos en el tratamiento de las transmisiones de los establecimientos de las sociedades de capital, existe todavía controversia respecto a si, en caso de inexistencia de previsión estatutaria expresa, es la junta general la que decide sobre la cuestión, o si debe ser el órgano de administración.

Esta controversia continúa vigente en la actualidad, aunque se entiende aplicable el artículo 71 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, relativo a la cuestión de la segregación. Siguiendo la dicción de este artículo, se entiende como segregación el traspaso, en bloque y por sucesión universal, de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma por sí misma una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que han resultado beneficiadas en la operación.

La empresa constituye, en sentido objetivo, una unidad económica. Los preceptos de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles deben considerarse imperativos cuando determinan los procedimientos a través de los cuales deben ejecutarse las operaciones que prevé.

Se exige, además, la intervención de las juntas generales de las sociedades afectadas en la operación, a las que se somete el proyecto de segregación, con el informe preceptivo de los administradores y el informe de los expertos independientes. Por otra parte, también los acreedores de las sociedades implicadas ostentan derecho de oposición al respecto.

Cuando se trata de los socios de la sociedad segregada, destaca en particular el hecho de que sea la junta general de esta sociedad la que deba decidir respecto a la operación, en lugar de que deban hacerlo sus administradores.

Por su parte, los acreedores de la sociedad segregante tampoco deben quedarse sin ningún tipo de protección, pues su posición podría verse perjudicada por la necesidad de soportar un mayor riesgo; esto es, el de la sociedad deudora y las consecuencias negativas que pueden producirse por una eventual e hipotética mala gestión de las filiales de la compañía.

En lo respectivo al contenido que debe figurar en el contrato, como resulta lógico, las principales obligaciones de vendedor y comprador son las habituales en esta figura contractual. Así, el vendedor tendrá la obligación de entrega y de saneamiento del establecimiento, y el comprador, la del pago del precio que las partes hayan acordado.

A pesar de que la regla general estipula estas obligaciones para cualquier tipo de transmisión, en este caso en particular el contenido queda mediatizado por el objeto y la causa del contrato. No debe olvidarse que está transmitiéndose el establecimiento como una organización *en funcionamiento*, lo que implica que las obligaciones vienen referidas al conjunto como un todo unitario, y no a cada uno de los elementos que componen el establecimiento de manera individual. Se entiende, por lo tanto, la consideración del establecimiento en sentido amplio.

Esto implica, por lo tanto, que la obligación de entrega del vendedor no se limita única y exclusivamente a poner a disposición del comprador el establecimiento, sino que implica otras obligaciones, además de esta entrega. En este aspecto, también deben transmitirse, en caso de que exista inventario, todos los elementos que en él se encuentren mencionados, así como los accesorios, aunque no hayan sido incluidos en este inventario.

Si no se produce la entrega de alguno de los elementos de esta índole, no resulta posible por parte del comprador la resolución del contrato.

En caso de inexistencia de inventario, quedará por parte del vendedor cumplida la obligación de entrega con la cesión de todos los elementos esenciales al mismo. Esto implica, por lo tanto, que basta con la entrega de aquellos elementos que permitan al comprador encontrarse en condiciones de continuar con la explotación del establecimiento, permitiéndole el ingreso en el sector de actividad desarrollado por la empresa cedida con anterioridad.

Además, se entienden como esenciales –por tanto, sí darán lugar en caso de incumplimiento de la resolución del contrato si así lo solicita el comprador– las obligaciones de colaboración del transmitente, que podrán ser de carácter positivo o negativo.

Las obligaciones de colaboración del transmitente, por lo tanto, se consideran elementos naturales del contrato y, aunque no se encuentren recogidas en el mismo, resultan de obligado cumplimiento, ya que están derivadas del principio de buena fe o del contenido de la obligación de la entrega. Su exclusión privaría al contrato de su consideración de contrato de transmisión de establecimiento.

Respecto al mencionado sentido positivo de alguna de las obligaciones, su importancia o práctica concreta variará en función del establecimiento concreto. En este aspecto, tales obligaciones pueden referirse desde unas indicaciones mínimas respecto al estado de la contabilidad, hasta una colaboración más amplia, como la información relativa al listado de clientes, suministradores o colaboradores –la licitud y necesidad o no de esta práctica vendrá delimitada por el Derecho regulador de la libre competencia–.

El sentido negativo de las obligaciones del transmitente se refiere a cuestiones como la imposibilidad de realización de alguna actividad idéntica o similar a la realizada en un lugar próximo geográficamente.

Continuando con esta obligación de colaboración del transmitente, las cuestiones más importantes se suscitan respecto a elementos de carácter incorporal, que pueden en ocasiones formar parte del establecimiento, tales como los créditos y los contratos, de las deudas ligadas a la actividad de la sociedad.

En lo relativo a la transmisión de los créditos, resultará preciso el consentimiento de ambas partes, sin ser necesario el del deudor, respecto al cual bastará con la notificación de la transmisión. En este caso, por lo tanto, parece que no está respetándose tanto el derecho de los terceros –los acreedores– como en otras circunstancias. A este respecto se refieren los artículos 1526 y siguientes del Código Civil.

El vendedor responde de la legitimidad de todos los créditos en conjunto, y no de manera aislada, por aplicación en este caso del artículo 1532 del Código Civil, y no del artículo 348 del Código de Comercio, que se encuentra previsto para el caso de transmisiones aisladas de los créditos mercantiles.

En muchas ocasiones, los contratos celebrados por el empresario transmitente resultan indispensables para la explotación del establecimiento, incluso también para la propia subsistencia en el tráfico mercantil, de tal manera que sin ellos no tendría valor alguno. Pero implican la subrogación de un tercero –el comprador– en la posición contractual que anteriormente ostentaba el cedente –el vendedor–, quedando por lo tanto sujetos al consentimiento de la contraparte contratante, por aplicación de las normas generales sobre subrogación, excepto que se disponga lo contrario en el contrato perfeccionado por las partes o la ley.

La ley prevé la cesión automática al comprador del establecimiento de algunos de los contratos inherentes a la actividad del mismo, especialmente los de trabajo y seguro contra daños del establecimiento.

Las deudas del vendedor que sean relativas al negocio únicamente se transmiten al comprador cuando se ha producido el acuerdo expreso entre

ambos y, además, se requiere el consentimiento, también expreso, de cada uno de los acreedores. En caso de que no exista este consentimiento, el pacto de la asunción de deudas únicamente surtirá efecto entre cedente y cesionario.

Distinta es la problemática existente respecto a los libros de contabilidad –como se ha reseñado con anterioridad–. Los libros son propiedad del cedente, cuya obligación es de conservación durante seis años desde la anotación del último asiento. No obstante, como resulta evidente, le interesan –incluso son estrictamente necesarios, en muchas ocasiones–, estos libros al adquirente, para poder continuar con la actividad sin problemas y conocer la marcha del negocio.

No existe acuerdo sobre cuál es la mejor solución respecto a los libros de contabilidad, pero se apunta doctrinalmente a la conveniencia de su transmisión a título de depósito, sin perjuicio de que siempre asistirá al adquirente un derecho de exhibición basado en la buena fe.

Las obligaciones de la entrega quedan completadas en las normas que regulan la garantía legal o saneamiento del establecimiento. Por lo tanto, para la evicción debe considerarse especialmente el artículo 1479 del Código Civil, en el que se contempla la universalidad de cosas, así como la cosa compuesta.

En lo respectivo a los vicios ocultos, se estará a lo dispuesto en los artículos 1491 y 1492 del Código Civil, este último por analogía.

Siguiendo la redacción de todos ellos, la garantía deberá hacerse efectiva tanto si la evicción o los vicios afectan a la totalidad, como si únicamente lo hacen a alguno de los elementos esenciales necesarios para la explotación del establecimiento.

En lo respectivo al comprador, su principal obligación será la del pago del precio, en el tiempo y forma acordado por las partes. Para la unidad y validez del contrato resultará innecesario cómo se haya producido el cálculo del precio, pues podrá haberse realizado en conjunto, o como sumatorio de la valoración de cada uno de los elementos del establecimiento y sus cualidades. En cualquier caso, resultará válido si las partes se ponen de acuerdo en su cuantía.

III. DERECHO DE LA COMPETENCIA

8. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

SUMARIO: 1. El concepto económico de competencia / 2. Derecho de libre competencia / 3. Derecho de la Unión Europea / 4. El modelo español

En las próximas páginas, se analizará qué entendemos por Derecho de la competencia, para lo que resulta fundamental el conocimiento del concepto económico de competencia, así como una revisión al modelo comunitario y nacional.

1. El concepto económico de competencia

Con el término concepto económico de la competencia aludimos a la concurrencia existente, en un mismo mercado, de distintos agentes económicos. Todos ellos ofrecerán sus productos y servicios a un conjunto de consumidores, que actuarán de manera independiente, y que constituirán la demanda de los referidos productos o servicios.

Los ya superados ordenamientos jurídicos del pasado siglo seguían una inspiración de modelo económico y social cuya caracterización fundamental suponía el reconocimiento del mercado como institución básica. Entendían que se producía una igualdad formal entre los distintos oferentes y los diferentes demandantes, en virtud de los principios liberales vigentes ya con anterioridad, en el siglo XIX y, desde el punto de vista económico, en un sistema de libre competencia.

En el concepto clásico, los economistas entendían que el mercado no constituía única y exclusivamente el punto de encuentro teórico entre la oferta

y la demanda, sino que, además, se trataba de un mecanismo que operaba a modo de economía descentralizada, por cuyo intermedio se producía, de manera espontánea la coordinación de los planes individuales de cada una de las empresas y de las distintas economías familiares, gracias a los precios. Esta es la teoría neoclásica, en la que destacan autores como Jevons o Marshall. Posteriormente, Keynes modificó estos paradigmas.

No obstante, en la actualidad ya se ha podido comprobar que esta teoría tan idílica y optimista es simplemente eso, una teoría cuya aplicación práctica en el mercado no llegaba a producirse en la gran mayoría de las ocasiones. Por tanto, cuando se alcanzaba, ocurría convirtiéndose en la excepción, y no en la regla.

Además, la convicción de autorregulación del mercado implicaba una cuestión totalmente fuera del alcance en la práctica; la información perfecta. Esto suponía que el consumidor –con toda la complejidad de definición que este concepto supone– conocía toda la información del mercado, lo que incluía no sólo los precios de todos los oferentes, sino también las características de los productos que ofrecían. Si bien esto en la actualidad resulta sumamente complejo, incluso disponiendo de buscadores en internet que comparan características, precios y ofertas, hace varias décadas resulta imposible. Siendo cierto que los oferentes eran muchos menos, y los productos que pretendían adquirirse también, resulta cuando menos difícil imaginar que un comprador pudiera conocer las ofertas más allá de su pueblo o ciudad.

Así pues, mientras para los compradores resulta difícil el conocimiento exacto del mercado, tampoco resulta sencillo para quienes operan de manera profesional en el mismo. Además, no puede olvidarse que cualquiera puede realizar esta actividad –con los condicionamientos legales exigidos; no olvidemos, por ejemplo, que alguien sin estudios relacionados con el área de la salud no podrá ejercer esta actividad en el mercado como empresario individual–.

Pero esta libertad de creación de empresa, este derecho individual a la libre iniciativa económica ha permitido, en ocasiones, la renuncia a ciertos límites convencionales a la competencia e incluso, en otras ocasiones, excluir

del mercado a algunos o todos los competidores, mediante la obtención de una posición de dominio en el mercado. No conviene olvidar, no obstante, que la obtención de una posición de dominio en el mercado, en sí, no está sancionada –pues todas las compañías quieren mejorar sus resultados y, si una lo consigue, inexorablemente un competidor o varios verán reducidos sus registros–. Lo que sí se encuentra sancionado es la obtención de esa posición de ventaja mediante técnicas ilegales, o el aprovechamiento de esa posición de dominio.

Lo que ha ido sucediendo en las últimas décadas, y continúa produciéndose en la actualidad, es el tránsito de un teórico modelo de economía perfecta –que, no olvidemos, nunca llegó a ser tal en la práctica–, a un sistema de competencia efectiva o funcional. Este sistema actual se encuentra integrado tanto por elementos competitivos como monopolísticos, suponiendo por tanto una cada vez mayor reducción de la competencia, e implicando un aumento de la concentración económica, cuyo objetivo básico es asegurar el progreso tecnológico y el nivel de eficiencia óptimo de las empresas.

No obstante, estas concentraciones económicas, que tantos beneficios operativos y económicos puede suponer para las empresas, se traducen habitualmente en un perjuicio a los consumidores. Además de alejarse el mercado de la estructura idónea de la competencia perfecta, se reduce notablemente la soberanía de los consumidores, que ven reducidas las opciones de negociación con las grandes compañías y cuya decisión termina limitándose, como máximo, a la libertad de elección respecto a con qué compañía contratar –resultando, incluso, imposible la negociación en muchos casos–.

Podemos encontrar, en la actualidad, múltiples ejemplos de mercados en los que cada vez son menores los oferentes, concentrándose entre sí. En este sentido, los fabricantes automovilísticos están constituyendo mayores asociaciones empresariales, como ha sido la reciente unión entre el grupo francés PSA –que además había adquirido una empresa rival, Opel, hace poco tiempo– y la compañía italoamericana Fiat–Chrysler. La comisión antimonopolio de la Unión Europea investigó esta fusión, especialmente en lo referido al sector de los automóviles industriales, obteniendo el compromiso de la nueva compañía respecto a impulsar a la competencia. Esta asociación

conformada por PSA y Fiat–Chrysler es conocida como Stellantis, y configura el cuarto mayor fabricante automovilístico a nivel mundial en la actualidad, pero no es el único ejemplo en el sector automotriz. Por ejemplo, el grupo Volkswagen aglutina varias marcas automovilísticas.

Fuera de este sector, siguen encontrándose ejemplos muy claros. En este sentido, las fusiones entre entidades financieras están menguando los oferentes en este sector del mercado, traduciéndose en menores posibilidades de elección para los clientes y, además, en condiciones menos ventajosas para los mismos, pues al margen de los problemas legales que afrontan varias entidades financieras por la utilización de cláusulas abusivas –desde las cláusulas suelo, que resultan abusivas en algunas circunstancias concretas, a las más recientes tarjetas de crédito *revolving*, que también han sido prohibidas en función de las condiciones contractuales perfeccionadas entre las partes (sin posibilidad de negociación por parte de los consumidores)–, también están aumentando a sus clientes las comisiones.

2. Derecho de libre competencia

Como ha podido indicarse con anterioridad, en la actualidad ya somos plenamente conscientes de la imposibilidad del mercado de garantizar la existencia de libre competencia; tanto por las distintas fusiones que se producen, como por la tendencia de algunas compañías a lograr mayor poder en el mercado o, incluso, eliminar a la competencia –cuestión respecto a la que, debe insistirse, no existe problema alguno si no se emplean técnicas ilegales–.

Por lo tanto, si el mercado no resulta capaz por sí mismo para garantizar la existencia de libre competencia, se precisa necesario algún mecanismo que proteja el desarrollo de la misma. Tal mecanismo será el Derecho, concretamente, el de la libre competencia.

Debe indicarse, eso sí, que la protección de la competencia no actúa dentro de una esfera jurídica de tutela individual, sino que va más allá, actuando para la protección del interés general. Esto implica que no se busca la

protección de una empresa o de un consumidor concreto, sino que la pretensión es mucho mayor.

Se entiende que la defensa de la competencia es un principio de orden público económico. Por lo tanto, se convierte en vital para el actual sistema constitucional económico, siendo reconocido como uno de los principios básicos de la denominada “Constitución Económica”. Dentro de estos parámetros, resulta fundamental el artículo 38 de nuestra Carta Magna, pues reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”.

Todo esto implica que, tanto en nuestra legislación nacional como en la comunitaria, exista en la actualidad un sector normativo específico que, integrado en el Derecho Mercantil, busque tanto la promoción como la protección de la existencia de una competencia libre, real y efectiva.

Que se trate de una competencia real implica que realmente esté produciéndose, no que sea únicamente una ficción. Algo que podría ocurrir, por ejemplo, si existen compañías rivales, pero pactan los precios entre ellas. La necesidad de que sea efectiva implica que realmente se note de cara al consumidor, bien en el precio final, o en cualquier otra cuestión.

Pero, el problema es mayor si nos referimos a una competencia libre. Igual que resulta perfectamente válido que alguien constituya o no una empresa, y la posición como crea conveniente –dentro de los términos de la normativa– en el mercado o el sector que mejor considere, también existe total libertad para la cesación de la actividad de la empresa, o para cambiar la razón social de la misma. Esto implica la imposibilidad de obligación a una compañía de continuar con su actividad, o de cambiarla.

Esta cuestión implica un problema, igual que la protección y la promoción de la competencia. De hecho, resulta menos complejo proteger la competencia, pues supone que ya existen competidores y lo que debe hacer la normativa es regular las correctas prácticas en el mercado, que promover dicha competencia. Y es que dentro de la libertad de constitución de empresa o de cesación de actividad, en el ordenamiento jurídico español y europeo no

puede obligarse a alguna empresa a realizar actividades que no desea realizar¹ –cuestión distinta es que se alcancen acuerdos o se ayude de alguna manera, a cambio de realizar la actividad, a las empresas–.

Si nos encontramos, por ejemplo, en un sector en el que no resulta interesante a las empresas la inversión, porque entienden que no obtendrán beneficios, no se les podrá obligar a llevar a cabo actividad alguna. Esto implica, habitualmente, la aparición de monopolios, si se detecta una necesidad en la población, mediante la creación de una empresa pública. Y, quizá, a futuro, llegará la inversión privada. Ha ocurrido en muchas ocasiones; por ejemplo, en el sector de la telefonía. Actualmente, en España, la compañía Renfe está comenzando a tener competidores.

Pero el objetivo fundamental perseguido consiste en la prohibición de las distintas prácticas y conductas que tengan por objeto –o produzcan el efecto– falsear la competencia en los distintos sectores del mercado. Por supuesto, en algunos resultará más sencillo controlarlo que en otros. No será lo mismo el sector aeronáutico, con muy pocos competidores –y que además puede adquirir rango de interés nacional o comunitario–, que el de la venta de productos textiles.

Algunas de las principales actuaciones que buscan erradicarse, o cuanto menos, controlarse, son las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante en el mercado. No obstante, estas prohibiciones también alcanzan a conductas realizadas por los poderes públicos como, por ejemplo, la concesión de ciertas ayudas públicas, por sus efectos sobre el mantenimiento de la competencia. Esta última cuestión, además, es una de las pocas en las que no coinciden el ordenamiento jurídico español y el comunitario, lo que ha implicado recientes problemas a compañías españolas. El caso más sonado ha sido

¹ Indicamos que no resulta posible en el ordenamiento nacional o europeo porque otros países sí han tomado en ocasiones medidas para obligar a empresas a realizar ciertas actuaciones. Por ejemplo, Corea del Sur marcó durante un tiempo la obligación de que las compañías que obtenían beneficios se encargaran –previa compra– de las empresas deficitarias de su sector (así acabó, por ejemplo, Hyundai siendo la propietaria de KIA). También en el continente asiático, en la actualidad, China está obligando en algunos sectores –especialmente los tecnológicos– a que grandes compañías adquieran otras más pequeñas, o a compañías pequeñas a fusionarse entre sí, cuando el gobierno entiende que de manera independiente no resultarían viables.

el de las ayudas públicas concedidas a algunos equipos de fútbol profesional, que participaban en competiciones continentales.

Además, como se ha señalado con anterioridad, también las concentraciones de empresas están sometidas al control público, especialmente cuando se entiende que suponen un menoscabo a la existencia de competencia.

Precisamente, la normativa europea y nacional también difiere en materia de concentraciones económicas –únicas diferencias, junto con las ayudas públicas—. Por el resto, el contenido material de ambas normas resulta muy similar. La normativa nacional incorpora los principios del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. No obstante, tanto los procedimientos como los órganos de aplicación de cada uno de los bloques normativos son distintos.

3. Derecho de la Unión Europea

3.1. Principales fuentes normativas

La norma básica del Derecho comunitario de la competencia está regulada en los artículos 101 a 109 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007.

Este Derecho ha tenido su desarrollo mediante varios Reglamentos comunitarios, así como otras normas de Derecho derivado. A este respecto, pueden destacarse algunas, sin ánimo de exhaustividad:

- Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Este Reglamento contiene diversas normas relativas a los distintos acuerdos, decisiones, asociaciones de empresas y prácticas concertadas que resulten susceptibles de limitar la competencia y los abusos de posición dominante.

- Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones de empresas.
- Reglamento (UE) 651/2004, que declara determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior, en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, también conocido como Reglamento General de Exención por Categorías.

3.2. Ámbito de aplicación

Como ocurre en el resto de las disciplinas, en las relaciones entre el ordenamiento jurídico nacional y el comunitario rigen los principios de aplicabilidad inmediata y primaria del europeo. Esto implica que, en caso de producirse alguna contradicción entre las normas nacionales y europeas, las segundas serán las que resulten de aplicación. Por tanto, obliga a aplicar el Derecho comunitario con preferencia al nacional, en el ámbito de las distintas competencias cedidas a la Unión Europea a través del Tratado.

Por lo tanto, deviene obligado determinar correctamente cuál es el ámbito de aplicación del Derecho nacional y del Derecho comunitario.

Cuando nos encontramos con prácticas anticompetitivas, el ámbito de aplicación se encontrará determinado por el mercado que resulte afectado por la práctica en cuestión. Si únicamente se produce en el mercado estatal, la normativa aplicable en el caso concreto será la nacional. En cambio, si afecta no sólo al mercado estatal, sino al de otro Estado miembro, resultarán de aplicación ambas normativas, en función de la denominada teoría de la doble barrera.

Esta teoría no supone problema alguno cuando ambas normas indican lo mismo, pero resulta más compleja cuando nos enfrentamos a materias que no tengan la misma regulación. En este aspecto, la teoría de la doble barrera resulta de aplicación a las ayudas públicas.

En cambio, resulta distinto en materia de control de concentraciones. En este ámbito, la competencia se atribuye a la Comisión Europea, o a los

órganos internos, en razón del volumen de negocios y su dimensión, que podrá ser europea o nacional, como principio general.

En caso de producirse alguna práctica colusoria o abuso de posición dominante, el Derecho comunitario puede ser igualmente aplicado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –CNMC, en adelante–, así como por los juzgados de lo mercantil.

Para facilitar, en la medida de lo posible, que se apliquen de manera uniforme, se encuentran recogidos mecanismos de cooperación e información recíproca entre las diferentes autoridades con competencia en la materia. A este respecto, pueden consultarse los artículos 16 y 18 de la Ley para la Defensa de la Competencia, y el Reglamento 1/2003 del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea².

4. El modelo español

El Derecho español de la competencia se encuentra recogido en distintas normativas, de las que deben reseñarse:

- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
- Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia³.

² Los números de los artículos, recogidos así en el nombre de la norma, se corresponden con la numeración anterior. En la actualidad, se trata de los artículos 101 y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

³ Esta Ley fue promulgada a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, que determinó que la defensa de la competencia no es materia exclusiva del Estado en todas sus dimensiones, pues las Comunidades Autónomas pueden contar con competencias en ejecución.

Por lo tanto, el modelo español es descentralizado, encontrándose integrado por la CNMC, como Autoridad Nacional de la Competencia, y por las distintas Autoridades Autonómicas de Defensa de la Competencia.

Las Autoridades Autonómicas de Defensa de la Competencia son constituidas, evidentemente, por las respectivas Comunidades Autónomas. Se regirán, además, por las normas autonómicas que desarrollan las competencias ejecutivas en esta materia.

El marco básico es la referida Ley 1/2002, de 21 de febrero, que también aclara las normas de procedimiento que resultan aplicables a las actuaciones de estos órganos. Además, la misma norma disciplina los criterios para el adecuado reparto de competencias entre las Autoridades Autonómicas y la Autoridad Nacional, así como los distintos mecanismos de coordinación, colaboración e información de carácter recíproco. De esta manera, se garantiza una aplicación uniforme del Derecho de la competencia en todo el territorio español.

Respecto a los criterios de reparto, se indica que a la Autoridad Nacional le corresponde el ejercicio de las competencias respecto a aquellos procedimientos que tengan como objeto conductas prohibidas, autorizaciones singulares de estas conductas concretas, abuso de posición dominante, u otras.

Corresponderá, a las distintas Comunidades Autónomas, el ejercicio en su respectivo territorio de las competencias de los procedimientos que tengan como objeto conductas de carácter anticompetitivo que, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, bien alteren, o bien puedan alterar, la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma⁴.

En ocasiones, no obstante, pueden producirse conflictos de competencias entre las Autoridades Autonómicas –o una sola de ellas– y la Autoridad Nacional. En tales casos, para la resolución de estos conflictos

⁴ Por tanto, queda claro que corresponderá a la Autoridad Nacional el conocimiento de aquellas cuestiones que afecten, bien a la integridad del territorio nacional, bien al territorio de más de una Comunidad Autónoma, sin llegar a extenderse por todo el territorio español.

competenciales, se cuenta con la participación de la Junta consultiva, cuya composición será paritaria.

Pero esta Junta no dispone de facultades decisorias, sino que únicamente emite un dictamen que, además, es de carácter no vinculante. En dicho informe, se valora la atribución de la competencia de tramitación, y la posible resolución del procedimiento en cuestión.

Existen mecanismos para asegurar la completa, simétrica y recíproca información respecto de las diferentes conductas restrictivas de la libre competencia de las que tengan conocimiento los órganos competentes.

Cuando alguna Comunidad Autónoma haga caso omiso a esta cuestión, existen diversos procedimientos de cooperación y coordinación entre las administraciones en conflicto. Como última opción queda la remisión a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Esto implica que, como última ratio, si no han funcionado las otras vías, será el Tribunal Constitucional el responsable de decidir qué administración será la encargada de resolver el procedimiento.

No obstante, este no es el único problema que puede producirse respecto a este reparto de competencias.

Un segundo problema, que resulta además fundamental para la correcta aplicación de la normativa, es la garantía de igual tratamiento a todos los españoles, independientemente del lugar en que residan. Esto puede resultar complejo cuando son las distintas Comunidades Autónomas, por medio de las Autoridades Autonómicas, las que resuelven los distintos casos planteados; pues no todas tomarán siempre las mismas decisiones ante casos iguales o semejantes, aunque las normativas devengan idénticas.

Para solventarlo, se atribuye legitimación a la CNMC para la intervención en los distintos procedimientos tramitados por las Autoridades Autonómicas. Esta posibilidad se justifica como un instrumento de cierre, que permita unificar la doctrina seguida en la aplicación del ordenamiento de defensa de la competencia. Por tanto, se busca evitar que un problema semejante tenga soluciones distintas en, por ejemplo, Andalucía y Aragón.

4.1. Mecanismos de coordinación en el sistema español

Como se ha señalado con anterioridad, existen diversos mecanismos de coordinación para la correcta aplicación de la normativa en la materia que nos ocupa, encontrándose regulados en los artículos 15 a 18 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Los mecanismos de colaboración se encuentran destinados a asegurar la completa, simétrica y recíproca información acerca de las conductas restrictivas de la libre competencia de las que tengan conocimiento los distintos órganos competentes, con la finalidad de posibilitar el desarrollo de las funciones que tienen encomendadas.

El primer mecanismo de coordinación es el Consejo de Defensa de la Competencia. Se trata de un órgano que reúne a representantes de todas las administraciones territoriales con competencia en la materia. Sus funciones básicas se refieren a la centralización de la información que resulta relevante respecto a la competencia en los mercados, así como la identificación y discusión de los distintos criterios necesarios para una correcta coordinación en la aplicación de la normativa.

No debe confundirse este Consejo con el Consejo de la CNMC, pues no tienen nada que ver. Además, el Consejo de Defensa de la Competencia no se encuentra mencionado en la Ley de Defensa de la Competencia.

El segundo mecanismo de coordinación es el de la cooperación con los órganos jurisdiccionales, recogido en el artículo 16 de la Ley de Defensa de la Competencia. Mecanismo especificado respecto al cual, realmente, resulta superflua su inclusión en la normativa, pues todo organismo público tiene la obligación de cooperación con los órganos jurisdiccionales.

El tercer mecanismo de coordinación se encuentra regulado en el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, refiriéndose a la cooperación con los reguladores sectoriales. De este modo, queda indicado que tanto la CNMC como los distintos reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus distintas funciones, en aquellos asuntos de interés común. Nuevamente, debe cuestionarse la necesidad de inclusión de este mecanismo de

coordinación pues, realmente, en una práctica adecuada de sus funciones por los diversos reguladores sectoriales, la colaboración debería ser siempre máxima, sin necesidad de regulación normativa.

Finaliza el capítulo de los mecanismos de colaboración y cooperación de la Ley de Defensa de la Competencia con su artículo 18, en el que se establece la necesaria colaboración que debe existir entre la CNMC con las Autoridades Nacionales de la Competencia de otros Estados miembros y, por supuesto, también de la Comisión Europea.

4.2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

La CNMC es un organismo de Derecho público, dotado de personalidad jurídica propia, y con plena capacidad pública y privada. Además, dispone de autonomía tanto orgánica como funcional, y absoluta independencia de las distintas administraciones públicas.

Para la garantía, preservación y promoción tanto del correcto funcionamiento, como de la transparencia y la existencia de una competencia real y efectiva en los distintos mercados y sectores de producción, en la búsqueda del beneficio de los consumidores y usuarios, tiene encomendadas diversas funciones, entre las que pueden destacarse las siguientes:

- La supervisión y el control de todos los mercados y sectores económicos en el ámbito nacional.
- La aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y de la normativa comunitaria relativa a la competencia.
- Órgano de consulta respecto a las cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la competencia real y efectiva.
- Órgano consultivo respecto a las cuestiones relativas al correcto funcionamiento tanto de los sectores económicos como de los mercados.
- Competencias específicas para la supervisión y el control de los mercados de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, del mercado postal, de los sectores eléctrico, de gas natural y ferroviario, así como en materia de tarifas aeroportuarias.

Además de las anteriores, la CNMC dispone de legitimación para la intervención en los procedimientos tramitados por los órganos autonómicos. Dicha legitimación debe entenderse como un instrumento de cierre, para evitar diferencias en la doctrina aplicable por las distintas Autoridades Autonómicas en la resolución de los conflictos que les sean planteados.

Respecto a la organización y funcionamiento de la CNMC, debe indicarse que los órganos de la misma son el presidente y el Consejo.

En relación con el primero de ellos, el presidente lo es también del Consejo. Además, ostenta la representación, tanto legal como institucional, de la CNMC. Entre sus diversas funciones, pueden destacarse las de dirección, coordinación, supervisión y evaluación de las distintas unidades de la institución.

En lo que concierne al Consejo, se trata de un órgano colegiado de decisión. Le competen las cuestiones resolutorias, consultivas, de promoción y también de arbitraje y resolución de conflictos que se encuentran atribuidas a la CNMC, sin perjuicio de otras delegaciones que puedan acordarse, en momentos dados o con carácter continuado, en favor de las Salas.

Dicho Consejo se encuentra integrado por 10 miembros. Estos miembros se encuentran distribuidos en dos Sala distintas, compuesta cada una de ellas por la mitad de los integrantes del Consejo. La responsabilidad de cada una de las Salas es distinta, pues mientras una de ellas conoce asuntos de competencia, la otra atiende cuestiones de supervisión regulatoria.

El Consejo dispone de ciertas competencias, en caso de entender que se ha producido infracción de alguno de los supuestos recogidos en la Ley de Defensa de la Competencia.

Así, puede declarar la existencia de conductas prohibidas en la redacción de la Ley de Defensa de la Competencia. En tales casos, el Consejo se encuentra habilitado para ordenar la cesación de la conducta en cuestión, e imponer condiciones u obligaciones determinadas (que pueden ser estructurales o de comportamiento, pero que serán perfectamente definidas), para la consecución de la remoción de los efectos producidos por las prácticas

prohibidas que resulten contrarias al interés público, y para imponer multas. Esta última solución, no obstante, termina siendo la más habitual, pues en muchas ocasiones resulta sumamente difícil revertir el efecto producido. Por ejemplo, si los consumidores han perdido la confianza en una compañía por la actuación de algún competidor, resulta imposible restablecer automáticamente esa confianza, por mucho que se indique de manera pública que se trataba de una inexactitud o una falsedad.

El pago de las multas, no obstante, puede ser dispensado o reducido en su importe en ciertos casos. Estos casos son aquellos en los que se produce la denominada política de clemencia, que resulta de aplicación a las empresas identificadas como autoras de ciertas prácticas prohibidas por la normativa – especialmente, los cárteles–, que se arrepienten de su conducta, poniéndola en conocimiento de las autoridades de la competencia y cooperando de manera activa con dichas autoridades en la investigación de la infracción.

En definitiva, más que el arrepentimiento, que no deja de ser subjetivo y difícilmente evaluable, se valora la puesta en conocimiento de las autoridades y la cooperación con las mismas.

4.3. Aplicación del Derecho de la competencia por los tribunales

Las decisiones del Consejo de la CNMC agotan la vía administrativa. Por tanto, contra ellas únicamente puede interponerse recurso ante la Sala de lo contencioso–administrativo de la Audiencia Nacional. En cambio, si la decisión en cuestión ha sido emitida por alguna Autoridad Autónoma, el órgano competente para conocer del recurso interpuesto será la Sala de lo contencioso–administrativo del Tribunal Superior de Justicia que corresponda.

Además, la Ley de Defensa de la Competencia también recoge la posibilidad de existencia de sanciones de carácter civil, como son la nulidad de pleno derecho en el caso de producción de prácticas colusorias. También puede solicitarse la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, regulada en el régimen civil común.

Respecto a estas cuestiones relacionadas con las prácticas colusorias y los abusos de posición dominante son competentes los juzgados de lo mercantil, que igualmente tienen la potestad de declarar exentas de prohibiciones cualquiera de estas conductas, en aplicación del Derecho nacional y europeo⁵, tal y como señalan la Disposición Adicional Primera de la Ley de Defensa de la Competencia y los artículos 101 y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

Además, con el objetivo de una aplicación uniforme del Derecho de la competencia, existen mecanismos de coordinación entre la Comisión Europea, la Autoridad Nacional de la Competencia y los distintos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Por lo tanto, siempre que resulte de aplicación el Derecho comunitario, el juez nacional se encuentra vinculado por las decisiones tomadas por la Comisión Europea, que actúan a modo de prejudicialidad administrativa.

En el Derecho nacional no existe ninguna previsión semejante, lo que implica que las distintas resoluciones emitidas por la CNMC, o por las Autoridades Autonómicas de la Competencia, no vinculan obligatoriamente a los jueces de lo mercantil cuando proceden al enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas, aunque es cierto que se reconoce que constituyen un instrumento de convicción de gran autoridad.

⁵ Se ofrece más información respecto a prácticas colusorias y abusos de posición dominante, así como de sus exenciones, en el próximo tema.

9. DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SUMARIO: 1. Conductas colusorias / 2. Prácticas abusivas / 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales / 4. Supuestos de dispensa de las prohibiciones / 5. Control de las operaciones de concentración económica / 6. Ayudas y subvenciones públicas

Existen varias prácticas que pueden atentar contra la libre competencia. En este tema abordaremos las principales y analizaremos cuándo deben entenderse producidas en el mercado.

1. Conductas colusorias

Por conducta colusoria debe entenderse todo acuerdo, decisión o recomendación de carácter colectivo, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, ya sea en todo o en parte del territorio nacional o, en su caso, en el mercado comunitario. Se refieren, a la misma, los artículos 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.1 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

Para la producción de la conducta colusoria se requieren, por lo tanto, tres elementos. Estos elementos son la existencia de una conducta específica, un efecto restrictivo de la competencia –que podrá ser total o parcial– y una determinada extensión territorial de dicho efecto (Gallego Sánchez, 2017, p. 135).

Encontramos, como primer elemento, la necesidad de una conducta específica, algo que viene determinado en términos muy amplios, resultando por ello compleja su catalogación en algunos supuestos.

Incluye, en primer término, los acuerdos. Entenderemos como tales a las distintas estipulaciones, ya sean escritas o verbales, concertadas entre operadores económicos de carácter independiente, en las que se exprese la voluntad de todas las partes implicadas. No se precisa, por lo tanto, la existencia de un contrato en un sentido estricto para entender producido dicho acuerdo. Resulta lógico, pues difícilmente se encontrarán pruebas específicas de ello, y las partes rara vez perfeccionarán un contrato en el que puedan dejar pruebas de un acuerdo de carácter ilícito.

Dentro de este tipo de actuaciones, un tipo especial de acuerdos son los cárteles. Estos acuerdos se encuentran definidos en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia, especificando que entenderemos como tales los perfeccionados de forma secreta, entre dos o varios competidores, cuyo objeto sea el establecimiento acordado de precios, cuotas de producción o venta, reparto de mercados –incluyendo pujas de carácter fraudulento–, o la restricción de las importaciones y exportaciones⁶.

También se encuentran prohibidas otras conductas, como las decisiones y recomendaciones colectivas, en las que se entiende que se ha producido un acuerdo de voluntades entre distintos operadores. Por un lado, encontraríamos a los emisores de estas decisiones o recomendaciones y, por el otro, a quienes la siguen.

Igualmente, se produce conducta colusoria en las prácticas concertadas, consistentes en comportamientos que, siendo observados por los operadores económicos, permiten inferir la existencia de un acuerdo colusorio, pues no pueden objetivamente justificarse en las condiciones ordinarias de competencia que deberían aplicarse en función del mercado en cuestión. Por

⁶ Son relativamente habituales los cárteles en algunos ámbitos del mercado, al menos por pronunciamientos jurisprudenciales recientes que han acreditado su existencia. Por ejemplo, en el sector petrolero, respecto a las estaciones de servicio de combustibles fósiles, acostumbran a producirse respecto a la fijación de los precios. También han existido pronunciamientos respecto a las entidades financieras, por acuerdos respecto a las condiciones ofrecidas en varios productos bancarios. Resulta, además, una práctica común en algunos sectores organizados a nivel internacional y que operan en diferentes mercados. Por ejemplo, la fijación de precios o cuotas de producción es una política habitual de la Organización de Países Exportadores de Petróleo –OPEP–, para mantener unos beneficios constantes. No obstante, como la normativa comunitaria o la nacional no alcanza la práctica de esta organización, no se le puede sancionar mediante esta vía por dichas actuaciones.

lo tanto, sólo puede explicarse racionalmente este comportamiento entendiendo que se ha producido algún tipo de acuerdo⁷.

Debido a la ausencia de prueba concreta, para que pueda ser considerado el comportamiento como práctica concertada, deberá apoyarse en un elemento de carácter externo que pueda percibirse y sea visible –la conducta realizada– y en un segundo elemento, de carácter interno, que pueda explicarlo –la intención de obrar en común–.

El segundo elemento necesario para poder apreciar la existencia de una conducta colusoria es el efecto restrictivo de la competencia. Dicho efecto consistirá en impedir dicha competencia, restringirla o falsearla. Nuevamente, el principal problema radica en la prueba, de modo que se ha determinado un sistema distinto en esta ocasión. Así, si puede verificarse el objeto anticompetitivo, no resultará preciso que se pruebe que la conducta ha sido llevada a la práctica –de hecho, bastará con la intencionalidad, siendo muy distinto, por ejemplo, a la preparación para la comisión de un delito pues, en muchas ocasiones, si únicamente queda en fase preparatoria, no existe sanción, o esta resulta muy inferior que si se hubiera llevado a cabo alguna actuación para su comisión–.

Además, para entender que existe infracción resulta suficiente con la existencia de un acuerdo. Resultará indistinto si la intención no es perjudicar a la competencia pues, si se estima que puede producir este efecto, será suficiente. También puede ocurrir que el acuerdo inicial pudiera parecer inocuo y no producir problema alguno respecto a la competencia, al menos analizado de inicio, pero que haya producido efectos colusorios. En tal caso, se entenderá también objeto de sanción. Finalmente, existe una tercera posibilidad; que se produzca un resultado contrario a la competencia, sin ser este el resultado buscado, o no el principal. En tal caso, también se entenderá objeto de sanción.

⁷ Dado que se produce una presunción, resulta una práctica peligrosa presuponerlo, pero en muchas ocasiones no existe otra opción, pues puede devenir imposible acreditarlo.

En definitiva, lo importante para la normativa es la producción del hecho. Por ello, resulta imprescindible que exista una relación de causalidad entre la conducta realizada y la alteración de la competencia.

Cuando se imponga dicha sanción, sí se tendrá en cuenta la intencionalidad de las partes, y el posible conocimiento antes de la realización del acuerdo de los efectos que ha ocasionado. Así lo indica el artículo 63.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que diferencia entre la producción de los efectos de manera negligente o deliberada, tipificando las sanciones como leves, graves o muy graves.

Por último, el tercer elemento es el ámbito territorial de producción del hecho. Así, se precisa por la normativa la necesidad de que la restricción de la competencia tenga lugar en todo el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo, cuando nos refiramos a Derecho estatal. En cambio, si nos referimos a Derecho comunitario, la conducta deberá producirse en todo el territorio del viejo continente o en una parte sustancial de este.

El primer problema que encontraremos a este respecto es cuándo entender que se ha producido o no en una parte sustancial del territorio español o, en su caso, europeo.

No obstante, lo verdaderamente determinante para entender producida la conducta es que los efectos anticompetitivos, sean reales –porque ya se han producido– o potenciales –porque podrían producirse en el futuro tras llevar a cabo la actuación, o de llevarla a cabo–, tengan lugar en el territorio en cuestión.

Nos encontramos, en este aspecto, frente al criterio que determina el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, y de la nacional frente a las autonómicas.

1.1. Catálogo de supuestos prohibidos y consecuencias jurídicas

Se entiende que las conductas que reúnan los tres elementos señalados anteriormente se encuentran prohibidas.

Sin embargo, o a pesar de disponer de esta regla general, tanto la Ley de Defensa de la Competencia, como el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea relacionan, con carácter meramente ejemplificativo –por lo tanto, sin ánimo de exhaustividad ni actuando a modo de listado cerrado– una serie de conductas prohibidas.

En este sentido, se recoge como conducta prohibida la fijación, ya sea de manera directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, así como el control de la producción, el de la distribución o el desarrollo técnico, entre varias otras.

Igualmente, también se refiere la normativa a la aplicación, en las diferentes relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones que sean equivalentes, colocando de esta manera a unos competidores en situación más o menos ventajosa que a otros, lo que directamente implica un trato distinto a unos y otros, algo que no se encuentra permitido.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de la inobservancia de la prohibición legal de estas conductas son varias. En primer lugar, debe indicarse que, por supuesto, la realización de conductas colusorias se encuentra prohibida.

Del mismo modo, la infracción de esta prohibición encuentra sanción de modo contundente, procediéndose a la nulidad de los acuerdos, decisiones y recomendaciones insertas en estas conductas, tal y como indican los artículos 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.2 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

La nulidad, además, deviene automáticamente, sin requerirse ningún tipo de declaración judicial en este sentido. Debe señalarse, no obstante, que la nulidad puede ser total, pero igualmente puede tener un carácter parcial, lo que implicará únicamente que algunas cláusulas del contrato pierdan validez, mientras que el resto del contrato continúe surtiendo efectos entre las partes.

Del mismo modo, la realización de la conducta prohibida implicará infracción administrativa, lo que puede a su vez dar lugar a la imposición de

sanción en este sentido, tal y como indica el artículo 62 de la Ley de Defensa de la Competencia.

1.2. Exenciones a las conductas colusorias

Si bien la producción de algún tipo de conducta colusoria acarrea, como regla general, una práctica no permitida y que supondrá algún tipo de sanción, esto no es siempre así, pues existen exenciones.

Así, las conductas colusorias no resultarán prohibidas cuando, aunque reúnan todos los requisitos que la determinan y se han señalado con anterioridad, cumplan los presupuestos para estar consideradas como exentas.

Esto se produce en dos supuestos distintos: cuando cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos de exención por categorías, y cuando reúnan los requisitos que se encuentran previstos en la Ley de Defensa de la Competencia y en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

En este sentido, los Reglamentos de exención por categorías pueden ser comunitarios o nacionales. Los primeros también resultarán de aplicación en nuestro país, aunque las conductas no afectan al comercio producido entre los Estados miembros de la Unión Europea⁸, tal y como indica el artículo 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Para que pueda entenderse que la conducta colusoria en cuestión no sea prohibida y sancionada, debe cumplir una serie de requisitos, recogidos tanto en la normativa nacional como en la comunitaria. En este sentido, deben contribuir a la mejoría de la producción o comercialización y distribución de bienes y servicios, o a la promoción y el progreso, ya sea técnico o económico, siempre que permitan a los consumidores o usuarios participar de manera equitativa de las ventajas obtenidas y no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no resulten indispensables para lograr los objetivos. Además, no deben permitir a las empresas partícipes la supresión —o la

⁸ Como ocurre, por ejemplo, en los acuerdos de transferencia de tecnología.

posibilidad de supresión— de la competencia. Recogen todos estos condicionantes los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

Para la realización de la valoración de la concurrencia de los diferentes requisitos exigidos y, por tanto, para que no se produzca sanción alguna por la realización de la práctica colusoria, se atiende en primera instancia a los operadores económicos, sin que resulte precisa decisión alguna en este sentido.

Se trata del denominado sistema de autoevaluación, recogido en el artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia. Este sistema venía definido anteriormente en el Reglamento (CE) 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado⁹.

En esencia, este sistema de autoevaluación tiene como efecto directo la responsabilización a las empresas respecto a su comportamiento en el mercado, pues, al no encontrarse obligadas a la notificación a la Comisión, deben garantizar, aplicando la buena fe, que sus acuerdos no afectan en ningún caso la libre competencia y que no infringen las distintas normas existentes al respecto.

Para eliminar, en la medida de lo posible, abusos, las autoridades de la competencia y los distintos órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros adquieren un mayor compromiso respecto a la vigilancia y el cumplimiento de las normas de la competencia. Además, resulta posible un control posterior respecto a si confluían o no las condiciones que dieron lugar a la exención.

2. Prácticas abusivas

Se entiende por práctica abusiva la explotación de carácter abusivo, por una o varias empresas, de una posición de dominio en todo o en parte del mercado,

⁹ Con la enumeración actual de los artículos, se corresponde con los 101 y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

como indican los artículos 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

No está castigándose la consecución de una posición de dominio en el mercado, ni disfrutar de la misma e intentar conservarla. Resulta inherente a toda actividad empresarial intentar la mejoría de los resultados cada ejercicio, y buscar el aumento de la penetración en el mercado. En este aspecto, si la consecución de dichos logros es resultado de una buena gestión y política empresarial, no existe inconveniente alguno. Una vez alcanzada la posición de dominación del mercado, si no se realiza ningún acto contra la competencia, proveedores, distribuidores o consumidores, tampoco existirá sanción alguna al respecto.

Por lo tanto, para incurrir en la práctica abusiva no resulta suficiente con la obtención de una posición de dominio, sino que hay que prevalerse de ella, explotar esa posición de dominio en el mercado.

El concepto de práctica abusiva exige la concurrencia de dos presupuestos, como son la existencia de esta posición de dominio en el mercado – sea en todo el mercado nacional o comunitario, o sólo en parte de él– y, además, el ejercicio abusivo del poder obtenido.

2.1. Posición de dominio en el mercado

En términos económicos, la posición de dominio en el mercado deviene unida a la falta de competencia sustancial. Es decir, a la posibilidad que tiene una empresa de modificar unilateralmente los precios, o cualquier otra condición del mercado, sin considerar a sus competidores, proveedores o clientes. Esto es así porque, ostenta tal posición de control sobre el mercado, que puede actuar libremente sin ver sus beneficios mermados.

Existe, por lo tanto, una posición dominante cuando, como consecuencia de una decisión y comportamiento de carácter unilateral o de acuerdo con otras compañías, –e injustificado por situaciones de mercado, o

independientes al mercado, pero inherentes a la empresa¹⁰–, la sociedad afectada pueda mantener un comportamiento independiente y, en especial, tenga la capacidad de determinar por sí sola los precios del sector, o implicar la incapacidad de las empresas rivales para ampliar sus cuotas de mercado.

Deben, pues, considerarse dos factores distintos, como son la delimitación de los mercados relevantes del producto en su ámbito geográfico, y la identificación de la posición que encuentra en cada momento la empresa en otros mercados.

El mercado geográfico que se entiende como relevante es aquel que presenta una serie de condiciones de carácter homogéneo y que, además, sean diferentes a las existentes en áreas limítrofes debido a cuestiones como, por ejemplo, el idioma¹¹ o los impuestos aplicables a los productos.

El mercado relevante del producto no comprende única y exclusivamente los bienes y servicios que sean idénticos al mismo, sino también los que resulten similares y los sustituibles por aquellos, en atención a la función que cumplan, el precio o sus distintos atributos y características.

No obstante, en la práctica no resulta tan sencilla esta apreciación, obediendo en algunos aspectos a criterios subjetivos. Por ejemplo, hay para quien resultará indistinto utilizar un lapicero o un bolígrafo o pluma estilográfica para tomar apuntes. Sin embargo, otras personas considerarán que no resultan sustituibles unos bienes por otros, argumentando que si hacen las anotaciones con lapicero podrán borrarla si se equivocan, o alegando que

¹⁰ Situaciones de mercado que justifiquen, por ejemplo, un aumento en el precio de venta de sus productos podrían ser el encarecimiento de las materias primas necesarias para la producción de los bienes que ofrezca en el mercado, o un incremento de los costes de transporte. Situaciones inherentes a la empresa podría ser la producción de un incendio en alguna fábrica y la necesidad, como consecuencia, de externalizar la producción o construir una nueva factoría, lo que supondría importantes cantidades de dinero que no estaban previstas por la empresa.

En cualquier caso, como puede observarse, serían aumentos en el precio por cuestiones objetivas.

¹¹ Basándonos en esta consideración, podríamos entender como mercados distintos el español y el portugués, o el español y el francés, por ejemplo. Sin embargo, no podrían entenderse como mercados distintos el aragonés y el catalán, pues en ambos territorios rige el castellano como idioma oficial de la zona, de manera que sus habitantes deben conocerlo –o, cuanto menos, se entiende que deben conocerlo–.

prefieren realizarlas con bolígrafo porque así perduran mejor con el transcurso del tiempo.

En relación a la identificación de la posición que ocupa la empresa en los distintos mercados, no resulta posible circunscribir la existencia o no de posición de dominio en el mercado en función de la cuota de mercado. Deberán considerarse otros factores igualmente importantes, como la existencia o no de barreras de entrada al mercado, la estructura de los mercados afectos o la posición que ocupan en dichos mercados las distintas partes interesadas. Del mismo modo, resultará necesario conocer si existe posibilidad de elección por parte de terceros, o si se respetan los intereses de los consumidores, entre muchos otros.

2.2. Explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado

La determinación de cuándo está o no produciéndose por parte de una empresa de la explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado es una cuestión de compleja delimitación.

En función de lo recogido por la jurisprudencia, el abuso de posición dominante es una modalidad singular de abuso de derecho, resultando por lo tanto un tipo cualificado de este.

De esta manera, los tribunales entienden que, prevaliéndose de la privilegiada libertad económica de la que goza en tal situación la empresa dominante, se sobrepasan los límites normales del ejercicio del derecho, para la consecución de ventajas que carecen de justificación y que no habría podido lograr de existir en el mercado una competencia suficientemente eficaz. Esto, por tanto, provoca una lesión directa a los intereses de los terceros, incluso del interés general, al cual, no lo olvidemos, busca proteger el sistema de defensa de la competencia.

Para entender la producción de esta explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado debe existir nexo causal entre la posición dominante y el abuso de esta posición. Algunos ejemplos de estas prácticas son

la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios que no resulten equitativos para la contraparte.

2.3. Consecuencias jurídicas de la explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado

Como ha podido deducirse de todo lo señalado anteriormente, la explotación abusiva por una o por varias empresas de su posición de dominio en el mercado, ya sea en todo el mercado o en parte del mismo, se encuentra prohibida. Así lo recogen los artículos 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

La prohibición relativa a este abuso se limita a la sanción respecto a los atentados que se producen a la libre competencia por parte de empresas que se encuentren en posición de dominio del mercado, aunque se trate de comportamientos de carácter unilateral.

La prohibición en cuestión es directa y absoluta, pudiendo dar lugar a la imposición de sanciones, como indica el artículo 62 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, además, debe señalarse que, al contrario de lo que ocurría con las conductas colusorias, no existen exenciones a esta práctica. Igualmente, existe la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios.

3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

La Ley de Defensa de la Competencia incluye en su artículo 3 los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público.

Esto implica que se produzca la concurrencia de tres supuestos, de carácter cumulativo, como son que exista un acto de competencia desleal –en los términos recogidos en la legislación específica en la materia–, que el acto en cuestión afecte a la libertad de competencia en el mercado, y que el acto no afecte al interés público.

Se trata de tres supuestos que deben producirse siempre pues, de lo contrario, no resultará aplicable la normativa que protege la libre competencia, sino la que regula la competencia de carácter desleal.

La previsión del legislador obedece a un doble propósito. Por un lado, el de coordinar la aplicación de la normativa sobre libre competencia y competencia desleal. Por otro lado, sancionar las distintas conductas que atenten contra la libre competencia y que no puedan entenderse ni como colusorias ni como abusivas, como por ejemplo las ventas a pérdida, que se encuentran prohibidas¹².

4. Supuestos de dispensa de las prohibiciones

Las prohibiciones relativas a conductas colusorias, las establecidas para el abuso de posición dominante, y las recogidas respecto al falseamiento de la competencia por actos desleales no se aplican en tres supuestos concretos, que son los siguientes:

- En caso de que la conducta deba estimarse exenta por Ley.
- Cuando sean declaradas inaplicables por el órgano competente.
- Hipótesis de acuerdos de menor importancia.

Si la conducta se estima exenta por Ley, obedecerá a un criterio similar al existente en la responsabilidad del empresario por la producción de un bien concreto. En dicho caso, si se ha debido el fallo del producto a una característica que debía tener, o una tecnología introducida por obligación normativa, se exime de responsabilidad al productor. Si existe, en el caso que nos ocupa en la actualidad, una normativa que permite la realización de la conducta, por el motivo que sea, se entenderá que esta es correcta y, por lo tanto, no se aplicará la regla general –que implicaría la apreciación de conducta ilícita y sanción–, sino la dispensa de la prohibición.

¹² Las ventas a pérdida se encuentran prohibidas en algunas situaciones concretas, como si se realizan en la búsqueda de perjudicar a los competidores. En cambio, se permiten en otros supuestos.

En cambio, si el órgano competente considera que resulta inaplicable la posibilidad de sanción, no será una normativa la que establezca dicha posibilidad, sino decisión del propio órgano responsable.

Queda un tercer supuesto, como son los acuerdos de menor importancia. Es estos casos, nos encontramos con una doble vertiente, tanto de carácter positivo, como negativo.

En lo que respecta a la delimitación de carácter positivo, se encuentran englobadas todas aquellas conductas que, debido a su escasa importancia, no resultan por sí mismas capaces de afectar de manera significativa a la competencia, como indica el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, se entiende la escasa importancia en función de la cuota de mercado que resulta afectada, aplicándose, en caso de compañías rivales, un máximo del 15% de cuota de mercado por compañía, en cada uno de los mercados en que realicen la actuación. La opción del porcentaje concreto de cuota de mercado obedece a una decisión del legislador, cuya intención busca la mayor objetividad posible, y bien podría haberse marcado una cantidad distinta.

En lo concerniente a la delimitación negativa, aunque no se superen las cuotas de mercado establecidas, existen ciertos supuestos que en ningún caso podrán resultar válidos. En este sentido, encontramos aquellos que contengan una o más restricciones que sean consideradas como especialmente graves –en función de los criterios establecidos en los artículos 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101.1 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. A este respecto, por ejemplo, puede señalarse la delimitación del precio de venta de un producto a terceros, o el control del reparto de mercados y clientes entre varias compañías.

5. Control de las operaciones de concentración económica

Se entiende como concentración económica toda operación que implique un cambio estable del control de la totalidad, o, de una parte, de una o varias empresas.

Se estima que puede producirse este cambio de control como consecuencia de varias actuaciones:

- Fusión de dos o más sociedades anteriormente independientes: donde existían dos, o más compañías diferentes, termina existiendo únicamente una. Además, se produce también la posibilidad de un control sobre la nueva sociedad de una de las fusionadas, que obtenga mayor porcentaje en la operación, o que todas las compañías accedan a la nueva sociedad con igual cuota de participación.
- Adquisición de una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas: se produce la compra de una o varias empresas, bien de manera parcial –independientemente del porcentaje, pero que permita tener todo o un importante control respecto a la compañía adquirida– o de todo el conjunto de la compañía.
- Creación de una empresa en participación, las conocida como *joint venture*. En esta operación, dos compañías unen sus fuerzas para la creación de una tercera, participando, habitualmente, en un porcentaje similar.
- Adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando estas desempeñen de manera permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma.

El control no tiene que resultar necesariamente en derechos de propiedad sobre los activos de la empresa controlada. Puede derivar en el derecho de uso o de otros derechos y contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa. En cualquier caso, permitirá un control activo sobre la compañía, no resultando importantes, para el caso que nos ocupa, pequeñas compras que no impliquen ninguna posibilidad de control en las decisiones de la sociedad.

La normativa regulatoria de las concentraciones económicas parte de un principio: que las reorganizaciones y concentraciones de empresas deben valorarse de manera positiva, pues entiende que estas operaciones no hacen sino responder a las exigencias de una competencia que tiene un carácter dinámico. Además, considera que estas operaciones pueden suponer un incremento de la competitividad de la compañía y, por tanto, de la industria,

mejorando las posibilidades de crecimiento económico y, en última ratio, incluso el nivel de vida de la sociedad en su conjunto.

Pero esta visión tan optimista tiene su contrapunto en la convicción de la necesaria vigilancia de las operaciones, para la garantía de que el proceso de reestructuración de la nueva compañía no implique un perjuicio duradero a la competencia. Evidentemente, si con la unión de dos o más compañías de cierta relevancia en el sector, se crea un conglomerado industrial que copará la mayor parte del mercado –siempre respetando, por supuesto, las normas antimonopolio–, la cuota de poder de la nueva empresa será mayor, y en cierta medida perjudicará los intereses de sus rivales, pero se entiende que eso es parte del mercado.

En este aspecto, tanto el Derecho nacional como el comunitario contienen regulaciones para los supuestos concretos. Del régimen nacional puede destacarse la Ley de Defensa de la Competencia, artículos 7 a 10, y el 55 y siguientes. De la normativa comunitaria, destaca el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

6. Ayudas y subvenciones públicas

Se consideran ayudas públicas aquellas otorgadas por los Estados, o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma que, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, falseen o amenacen con poder falsear la competencia, afectando a los intercambios comerciales entre los distintos Estados miembros –como indica el artículo 107.1 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea– o a los intercambios comerciales que sucedan en el interior del territorio español –como señala el artículo 11 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Debe distinguirse ayuda de subvención, pues la acepción de la primera resulta más amplia que la segunda. Así, la ayuda incluye no sólo los beneficios consistentes en prestaciones positivas, sino también otros que reduzcan el presupuesto de gastos –como podría ser una exención fiscal–.

En esta cuestión, el término Estado debe entenderse en un sentido amplio, pues también se considera como tal cuando la ayuda no se otorga por la administración estatal, sino por entidades públicas con menor alcance territorial, como puede ser una autonomía, una provincia o un municipio.

En lo referente al régimen jurídico, podemos distinguir el comunitario y el nacional. No olvidemos, además, tal y como se ha señalado con anterioridad, que las ayudas públicas son un punto discordante entre la regulación europea y la española.

Respecto al ámbito comunitario, la legislación básica se encuentra inserta en los artículos 107 a 109 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Según indican, deben considerarse compatibles con el mercado interior las ayudas públicas en las que concurren los elementos necesarios, en la medida que afectan a los intercambios comerciales entre Estados miembros.

Comprenden, tanto las ayudas que afecten de hecho a los distintos intercambios comerciales que están produciéndose –es decir, la competencia actual, la que ya ocurre en el mercado–, como a los que pueden producir tal efecto en el futuro –la competencia potencial, que tal vez ocurra, o no–.

Además, se exige un determinado grado de afectación, que vendrá determinado por un importe fijo, en lo que se conoce como regla de mínimos. En este sentido, se marca la cantidad económica en un total de 200.000 euros, a percibir en un período de tres años, como límite general. Excepción hecha de las compañías de transporte de mercancías por carretera, cuyo límite, con el mismo marco temporal, asciende a únicamente 100.000 euros.

En los casos en que se entiende que una ayuda o un proyecto de ayuda no resulta compatible con el mercado interior, o que esta ayuda se aplica de una manera abusiva, la Comisión la analizará, para tomar la decisión respecto a qué realizar con la misma. Las opciones son la supresión, la modificación o la toma de medidas que se entiendan necesarias para la recuperación de la misma por parte del beneficiario, en el plazo determinado por la Comisión,

tal y como indica el artículo 108.2 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea¹³.

En lo que respecta al régimen jurídico nacional, la legislación española sobre ayudas públicas concede unas facultades mínimas a la CNMC. Así, reduce su capacidad de actuación a la mera emisión de informes y formulación de propuestas, que bien pueden ser realizadas de oficio, o por instancia de las administraciones públicas.

Además, la CNMC emitirá un informe, con carácter anual, respecto a las distintas ayudas públicas concedidas en España, que tendrá carácter público. El análisis de estas ayudas englobará aspectos jurídicos y económicos, pudiendo valorarse en ellos cuestiones como el plan estratégico en el cual se integra la ayuda percibida, como indican los artículos 7 y 8 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

¹³ Este ha sido el caso, precisamente, de los clubes de fútbol españoles que han participado en competiciones europeas, y percibido ayudas por parte de España. Han sido obligados a devolver las cantidades, con los correspondientes intereses.

10. COMPETENCIA DESLEAL

SUMARIO: 1. La protección de la competencia / 2. Los actos de competencia desleal / 3. Actos contrarios al mercado / 4. Acciones legales

1. La protección de la competencia

Resulta lógico que las distintas empresas busquen su beneficio, lograr los mejores resultados posibles y aumentar la cuota de mercado. Precisamente, existen múltiples mecanismos para ello, desde una buena gestión, hasta una publicidad que pone el mayor énfasis en algunas de las características de la compañía. Un empresario siempre querrá mejorar, tanto sus productos, como el alcance de los mismos, conquistando nuevos mercados y más público. El crecimiento de una empresa, si no es idéntico al del mercado, implicará que algún competidor –o varios– vean disminuidas sus ventas. No obstante, si esto se realiza de acuerdo a prácticas legales, no existirá problema alguno.

Ahora bien, en muchas ocasiones, a lo largo de la historia, ha podido comprobarse que las empresas no siempre actuaban con la deseada lealtad en la lucha por el mercado, aunque desde los inicios del Derecho mercantil se venía exigiendo un comportamiento adecuado.

Rápidamente se entendió que la posibilidad de la que dispone todo empresario, consistente en el crecimiento de su negocio y ampliar el número de sus clientes, debía ser ejercitada bajo ciertos principios, como el juego limpio y la honestidad y, si actuando así, se conseguía convencer a clientes de la competencia, no existiría problema alguno.

El problema estriba en que la captación de nuevos clientes, o la expansión del negocio a nuevos mercados, se produzca mediante

comportamientos o actuaciones que no se encuentren permitidas por el ordenamiento jurídico vigente. Puede actuarse de manera perfectamente lícita y que ello suponga la imposibilidad de la competencia de continuar con su actividad. No obstante, también pueden incurrirse en conductas desleales, que implicarán un perjuicio no sólo a la competencia, sino también, en último término, a los consumidores.

Para evitar comportamientos de este último tipo se ha desarrollado la regulación de la competencia ilícita, en la que confluyen varios intereses entrecruzados. Por un lado, se busca la defensa de intereses públicos, consistente en el mantenimiento de cierto orden concurrencial. Por otro lado, resulta fundamental la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Finalmente, también se busca asegurar el interés particular los competidores.

A todos ellos se refiere la Ley de Competencia Desleal cuando indica que tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los agentes que participan en el mercado.

Como señala, nuevamente, la propia norma, en su Exposición de Motivos, la competencia desleal ha dejado en la actualidad de concebirse como un ordenamiento dirigido de manera primordial a la resolución de conflictos entre competidos, para actuar como un instrumento de ordenación y control de las conductas que se producen en el mercado.

El principal objetivo de la Ley de Competencia Desleal, tal y como indica el propio artículo 1, es la protección de la competencia. No obstante, de manera mediata también sirve para tutelar los intereses de consumidores y competidores.

Los mecanismos recogidos en la normativa son, en esencia, tres. En primer lugar, una cláusula general que sirve de guía para la calificación de un acto como de competencia desleal o no –y que, aunque sea una cláusula general, realmente tiene una redacción de carácter doble, como veremos a continuación–. En segundo lugar, un catálogo de actos concretos en los que se entiende producida la competencia desleal, y que puede entenderse como bastante amplio. Por último, en tercer lugar, un dispositivo procesal cuya

finalidad es la adecuada garantía en la aplicación de esta disciplina y la promoción de la eficacia de la protección que se dispensa en la misma.

1.1. La primera cláusula general

A pesar de la apariencia unitaria que exhibe la Ley de Competencia Desleal, lo cierto es que no incluye únicamente la cláusula general, sino que realmente se está recogiendo una doble cláusula general.

La primera cláusula general viene recogida en el artículo 4.1, en su primer inciso, refiriéndose a las relaciones entre empresas o profesionales. A este respecto, la norma exige que se produzca un acto que reúna tres requisitos, resultando por tanto todos ellos necesarios.

En primer lugar, es necesario que el acto en cuestión se realice en el mercado. Deberá realizarse antes o después de una operación comercial o contrato, así como el hecho de que dicho contrato llegue o no a celebrarse y, por tanto, surtir efectos. A este respecto se pronuncia el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal.

En segundo lugar, la norma exige que se realice el acto con fines concurrenciales. Se presumirá la finalidad concurrencial cuando, en función de las circunstancias en las que se realice, se considere objetivamente idóneo para la promoción o asegurarse la difusión en el mercado de prestaciones propias o las de un tercero. En este sentido, encontramos el artículo 2.1 y 2.2 de la Ley de Competencia Desleal.

En tercer y último lugar, debe determinarse si se considerará desleal el acto en cuestión. Para entender que es así, debe resultar objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe¹⁴, tal y como indica el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal. Se aplicará la acepción más común de la buena fe, es decir, que se produzca un comportamiento adecuado¹⁵ en el mercado.

¹⁴ Con toda la carga subjetiva de implica este concepto que, no olvidemos, continúa siendo un concepto jurídico indeterminado.

¹⁵ Tampoco el concepto de “comportamiento adecuado” carece de subjetividad. Además, nuevamente, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado.

Como resulta conocido por el lector, la buena fe es un concepto jurídico indeterminado. Carece, por tanto, de definición precisa y concreta. Peor todavía, dado que es un concepto de carácter subjetivo, la consideración de cuándo se actúa o no de buena fe puede ir modificándose conforme transcurre el tiempo. Algo, en definitiva, similar al concepto de buen padre de familia, pues la gente no tiene la misma apreciación de quién era un buen padre de familia a mediados de siglo pasado y los requisitos que debía cumplir para ser considerado como tal, y en la actualidad.

No obstante, en esta materia disponemos de otros elementos que permiten discernir la existencia o no de buena fe. En este sentido, encontramos dos juicios de compatibilidad, que sirven de ponderación de las partes implicadas.

El primer juicio de compatibilidad se encuentra establecido entre el acto enjuicio y el modelo de competencia objeto de protección por la Ley de Competencia Desleal. Su objetivo principal es la protección del interés general en el correcto funcionamiento del sistema de competencia, tal y como indica el artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal.

El segundo juicio de compatibilidad se produce en el contexto constitucional. Nuestra Carta Magna opta por un sistema de economía social del mercado. En este sentido, el modelo de competencia económica cuya protección busca la Ley de Competencia Desleal no se limita a la consideración del principio de la competencia de las prestaciones, sino que va más allá, buscando la promoción de los valores y derechos que se encuentran constitucionalmente reconocidos en nuestro país. Así, en esta categoría entran en escena conceptos como la tipificación o no como acto de competencia desleal de la publicidad —cuando se entiende ilícita, tal y como recoge el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal—, y la inclusión en dicha categoría de otras modalidades publicitarias, como las contrarias a la dignidad de las personas.

La principal función que se encuentra asignada a la cláusula general supone actuar como norma de cierre del sistema. Esto implica que permite declarar la deslealtad de ciertas conductas, aunque no se encuentren recogidas de manera expresa en el resto del articulado de la Ley de Competencia Desleal.

Por ello, nos encontramos ante una fuente de permanente actualización del Derecho de la competencia desleal, pues permite su aplicación a nuevas conductas o prácticas que, incluso siendo inexistentes en el mercado en el momento de aprobación de la norma, pueden desarrollarse y aplicarse después, y no precisarse la modificación del texto de la Ley de Competencia Desleal. En definitiva, actúa a modo de lista abierta, permitiendo identificarse como conductas que incurren en competencia desleal y, por tanto, resultar sancionadas.

Sin embargo, no conviene incurrir en errores, pues a pesar de la apertura del listado de la primera cláusula general, y la posibilidad de incluir en su normativa conductas novedosas, en ningún caso podrá emplearse esta primera cláusula para el análisis de la posible deslealtad de conductas que ya cuenten con tipificación expresa. Así, estas conductas se analizarán y enjuiciarán a partir de lo indicado en la normativa específica que las regula, sin resultar de aplicación la primera cláusula general.

1.2. La segunda cláusula general

Junto a la primera cláusula general, la Ley de Competencia Desleal incluye una segunda cláusula, cuya pretensión radica en ser una aplicación de la misma, pero, en lugar de actos de competencia relacionados con los propios competidores, en los relacionados con los consumidores.

De hecho, la norma introduce una segunda cláusula general que se encuentra prevista de modo específico para los consumidores, recogida en el segundo inciso del artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal. En este caso, somete el juicio de deslealtad en el ámbito concreto a presupuestos y requisitos que no se encuentran recogidos en la primera cláusula general.

Pero, la posibilidad de aplicación de esta segunda cláusula general exige de modo previo la determinación de quiénes son los destinatarios de la conducta concreta analizada y, en función de quiénes sean, resultará o no de aplicación. Como puede imaginarse, resulta preciso que los destinatarios sean los consumidores.

No se aplica del mismo modo la cláusula general para los empresarios que la de los consumidores. Esta última requiere, para que pueda utilizarse, que se produzcan dos presupuestos distintos. Así, resulta necesario que el comportamiento del empresario o del profesional sea contrario a la diligencia profesional que resulta exigible para todos ellos, y además deberá ser susceptible de producir de manera significativa una distorsión en el comportamiento económico del consumidor medio¹⁶, o del miembro medio del grupo al cual esté dirigida la práctica.

Si bien carecemos de definición concreta y objetiva para la identificación del consumidor medio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado lo más próximo que encontramos a esto. Así, considera que debe entenderse como consumidor medio como la reacción típica del consumidor informado, razonablemente atento y perspicaz, considerando factores sociales, culturales y lingüísticos¹⁷.

1.3. Diligencia profesional y prácticas honestas del mercado

Como hemos visto, el primer presupuesto que resulta necesario para entender que se ha producido un acto desleal con los consumidores implica la existencia de un comportamiento contrario a la necesaria diligencia profesional que resulta exigible en todo caso al empresario o profesional.

La Ley de Competencia Desleal indica que debe entenderse la diligencia profesional como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario, conforme a las prácticas honestas del mercado¹⁸.

¹⁶ Nos encontramos, nuevamente, con otro concepto jurídico indeterminado y con un importante peso subjetivo.

¹⁷ No obstante, y como puede observarse, la definición no termina de ser todo lo clara y precisa que resultaría deseable. Así, encontramos varios puntos interpretables en la misma. Por ejemplo, hay que establecer en qué punto entendemos que alguien se encuentra informado pues, incluso aunque reciba múltiple documentación, puede ponerse esta cuestión en tela de juicio, ya que recibir información excesiva puede resultar equiparable –hasta cierto punto– a no recibir ningún tipo de información. También resulta muy complejo, además, establecer cuándo alguien es razonablemente atento y perspicaz, entre otras cuestiones.

¹⁸ Si bien ya lo habrá apreciado el lector, nos encontramos, una vez más, ante un concepto jurídico cuya definición no termina de ser todo lo clara y precisa que resultaría deseable. De hecho, mantiene

La diferencia entre este precepto que nos ocupa y la cláusula general para los empresarios resulta clara, pues mientras la segunda a estos profesionales alude a la buena fe como principal concepto de carácter relevante, la primera ofrece mayor relevancia a las prácticas honestas del mercado, situándolas como el elemento más importante.

Resta aludir a la distorsión del comportamiento económico del consumidor. En este sentido, el segundo presupuesto recogido en la normativa para la determinación de si se ha producido un acto desleal o no respecto a los consumidores implica esta influencia en la decisión de los consumidores.

Al respecto, la Ley de Competencia Desleal entiende como comportamiento económico del consumidor, en su artículo 4.1, toda decisión por la que dicha persona opte por actuar o abstenerse en relación con la selección de una oferta u oferente –es decir, adquirir un producto o el de una marca concreta–, la contratación de un bien o servicio, o el interés en ello, el pago del precio –sea total, parcial o cualquier otra forma de realizar el pago–, la conservación del bien o servicio, y el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes o servicios contratados.

2. Los actos de competencia desleal. Catálogo de supuestos concretos

La Ley de Competencia Desleal tipifica un repertorio, considerado como amplio, de actos ilícitos. El propio Preámbulo de la norma se refiere a ellos, indicando que el desarrollo y amplitud de la cláusula general no ha sido óbice el establecimiento de un listado en este sentido.

Además, no debe entenderse el listado recogido en la normativa como *numerus clausus*, pues existe, como se ha indicado anteriormente, la cláusula general. De este modo, los comportamientos recogidos en el listado serán regulados por lo estipulado en su regulación concreta. Por su parte, aquellos comportamientos que no encajen con el listado de supuestos concretos

un carácter subjetivo que dificulta en ocasiones la apreciación de si se ha llegado a actuar o no con la debida diligencia profesional.

encontrarán en la primera cláusula general la vía para estar insertos en la normativa –si cumplen los parámetros precisos–.

La regulación española se realiza siguiendo la redacción de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

De este modo, la Ley de Competencia Desleal introduce una fragmentación que puede entenderse como artificial en el Derecho de la competencia desleal, pues en su texto distingue entre las prácticas comerciales desleales producidas entre competidores, y las producidas por las empresas en sus relaciones con los consumidores.

En esta obra se ha optado por seguir el orden doctrinalmente aceptado de supuestos (Gallego Sánchez, 2017), lo que implica la distinción inicial entre los actos contrarios a los intereses de los competidores, los actos contrarios a los intereses de los consumidores y, en última instancia, los actos contrarios al buen funcionamiento del mercado.

2.1. Actos contrarios a los intereses de los competidores

Comenzamos este sucinto repaso a los actos contrarios a los intereses de los competidores recogidos en la Ley de Competencia Desleal por los denominados actos de denigración, regulados en el artículo 9 de la norma. Se entienden como tales la realización o difusión de manifestaciones en relación con la actividad, prestaciones, establecimiento o relaciones mercantiles de un tercero, que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado. La excepción es que sean exactas, verdaderas y pertinentes. No obstante, en ningún caso se entenderá que resulten pertinentes aquellas manifestaciones que tengan por objeto la alusión a la nacionalidad, creencias o ideología, vida privada o cualquier otra circunstancia que sea estrictamente personal del competidor.

El artículo 11 del mismo cuerpo normativo se refiere a los actos de imitación. En este sentido, se parte del principio de que la imitación de las prestaciones e iniciativas empresarias o profesionales ajenas resulta libre,

excepción hecha de encontrarse amparadas por un derecho de exclusiva amparado por la ley¹⁹. En el caso que nos ocupa, sólo se entenderá desleal cuando esta imitación resulte idónea para generar la asociación, por parte de los consumidores, respecto a la prestación, o si comporta un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno, siempre que los riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena sean evitables.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal recoge el supuesto del aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Se entiende que resulta desleal el beneficio, ya sea propio o ajeno, de las ventajas de la reputación comercial, industrial o profesional adquirida por otra compañía en el mercado. En este aspecto, y de manera particular, se entiende como desleal la utilización de signos distintivos ajenos o de denominaciones que resulten falsas, acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto, o de expresiones como “modelo”, “sistema”, “tipo”, o similares.

A este respecto, por tanto, puede resultar cuestionable que los vendedores del famoso *top manta* creen realmente problemas a las grandes compañías pues, si retornamos al concepto del consumidor medio visto con anterioridad –con todas las carencias que ostenta su definición–, a muy pocos compradores se les escapará la idea de que realmente están ofreciéndose falsificaciones en esos mercadillos, cuestión fácilmente detectable tanto por la calidad de los productos, como por los precios de venta de los mismos²⁰. En otros sectores, por ejemplo, el automovilístico, resulta relativamente sencillo ofrecer en el mercado –en algunos, como China– vehículos similares a otros y producir confusión en los consumidores (Tenas Alós, 2021, p. 107).

El siguiente acto contrario a los intereses de los competidores lo encontramos regulado en el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal, refiriéndose a la violación de secretos. En este supuesto, se entiende como desleal

¹⁹ A este respecto, por ejemplo, podrían mencionarse las patentes, que otorgan un derecho de uso exclusivo de una invención, durante un tiempo determinado. Para mayor información sobre las patentes, puede consultarse el tema 15 de esta obra.

²⁰ Cuestión distinta será el engaño a futuros consumidores que, si observan a un comprador que ha adquirido estos productos falsificados en el *top manta* –información de la que carece quien no ha comprado el producto–, podrán pensar que una marca que se consideraba exclusiva ya se encuentra al alcance de todo el mundo –pudiendo significar que bajan sus ganas de adquirir un producto de esta empresa–, o que la calidad esperaba de los productos de esa compañía es inferior a la real.

la divulgación o explotación, sin autorización, por parte de su titular de secretos industriales o empresariales, a los que tuviera acceso de manera ilegítima o que, incluso teniendo acceso de manera legítima, tenga deber de reserva. Se considera que constituyen medio de acceso ilegítimo el espionaje o cualquier otro procedimiento de análogo carácter, así como los casos en los que medie inducción a la infracción contractual. Además, no resulta necesario que el comportamiento en cuestión tenga lugar en el mercado y con fines concurrenciales –no se aplicaría el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal–. Para la producción de este supuesto, se entiende que debe haberse realizado la violación con ánimo de obtención de provecho –del tipo que sea, económico u otro–, propio o de tercero, o intención de perjuicio al titular del derecho.

Resulta relativamente habitual que, especialmente en las compañías dedicadas a la alta tecnología, se busque la contratación de alguno de los responsables de empresas rivales. En estos casos, no se busca únicamente la valía del profesional, sino también el acceso a la información que este tiene. Por eso, en muchas ocasiones, cuando se contrata a un trabajador de estas características, se estipula un período de tiempo en el cual dicho trabajador no puede comenzar a realizar su labor profesional en la nueva empresa.

Como último supuesto de actos contrarios a los intereses de los competidores, el artículo 14 del mismo cuerpo legal recoge la inducción a la infracción contractual. Se entiende, bajo esta catalogación, que resulta desleal la inducción, ya sea a trabajadores, proveedores, clientes o cualesquiera otros obligados por relación contractual, a infringir los deberes básicos recogidos en el contrato entre las partes que han contraído con los competidores. No obstante, no resulta punible la inducción a la finalización regular de un contrato, en los plazos previstos por las partes, o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero.

Por lo tanto, se castiga el convencer a alguien para no cumplir sus obligaciones contractuales con los competidores. En cambio, si se le convence para no renovar el contrato en cuestión, con una mejor oferta, por ejemplo, no existirá problema alguno, entendiéndose esta actuación como algo normal dentro del devenir del mercado y la competencia.

2.2. *Actos contrarios a los intereses de los consumidores*

Dentro de esta parte se incluyen un conjunto de normas, bastante prolijas, cuya finalidad es garantizar la libertad de decisión del consumidor en el tráfico mercantil. No obstante, la Ley de Competencia Desleal no parece tener la necesaria y deseable coherencia y sistemática en este apartado.

Indicamos esto porque, para algunos actos, incluye una doble regulación de prácticas en las que participa el consumidor. Así, encontramos los actos de engaño, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas, que tienen regulación específica en los artículos 5, 7 y 8 de la Ley de Competencia Desleal, respectivamente, pero también quedan encuadradas en el artículo 19 del mismo cuerpo legal. Para completar la argumentación, se encuentran igualmente reguladas en los artículos 21 a 31 de la misma norma.

La inclusión de este catálogo en la ley obedece a una doble funcionalidad. En primer lugar, su contenido ofrece los parámetros necesarios para la interpretación e integración de los distintos presupuestos que resultan precisos para entender que una práctica es o no engañosa. En segundo lugar, supone un reproche directo de deslealtad en relación con las prácticas recogidas en su listado.

2.2.1. Los actos de confusión

Lo primero que debe destacarse, respecto a los actos de confusión, es que la Ley de Competencia Desleal no nos ofrece una definición de qué debemos entender como tal. Por lo tanto, resulta necesario emplear la utilizada por el Derecho de marcas, que indica por riesgo de confusión que el consumidor concluya que dos productos o servicios proceden de un mismo empresario – cuando no es así, encontrándonos frente a un riesgo de confusión de carácter estricto– o, cuanto menos, de empresas que tengan una vinculación jurídica o económica –el denominado riesgo de asociación–.

La Ley de Competencia Desleal indica como desleal todo aquel comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con las prestaciones del producto, el establecimiento ajeno o la actividad desarrollada. Para la

fundamentación de la deslealtad en la práctica es suficiente con la producción del riesgo de asociación por los consumidores.

Como hemos visto con anterioridad, los actos de confusión también protegen al empresario, pues todas las compañías ostentan el derecho a asegurarse que pueda identificarse correctamente el origen empresarial de cualquier producto. No obstante, la protección última que confieren los actos de confusión tiene como destinatarios finales a los consumidores, para evitar que no se influya en su derecho de elección con la práctica de actuaciones que le induzcan a error, tal y como señala el artículo 19.1 de la Ley de Competencia Desleal.

Si nos encontrásemos ante supuestos de actos de confusión que tengan su ámbito de actuación en las relaciones producidas entre empresarios o profesionales, el artículo que resultaría de aplicación sería el 6 de la Ley de Competencia Desleal. Sin embargo, cuando interviene en la operación un consumidor, que será quien puede entrar en este riesgo de confusión, el artículo a utilizar es el 20 del mismo cuerpo normativo.

Además, el artículo 25 de la Ley de Competencia desleal señala que se entienden como desleales, por ser engañosas, las prácticas por confusión que consistan en la promoción de algún bien o servicio que resulte similar al que está siendo comercializado por otra compañía, con la finalidad de producir a sabiendas que el consumidor considere que el bien o servicio en cuestión proceda de la empresa que ya tiene en el mercado el producto.

2.2.2. Los actos de engaño

Recogidos en el artículo 5.1 de la Ley de Competencia Desleal, se entienden como desleales los actos de engaño, consistentes en cualquier conducta que implique la utilización de información falsa o algún tipo de información que, incluso siendo verídica, ya sea por su contenido o presentación, induzca o tenga la capacidad de inducir a error a los destinatarios de la misma. Se exige, además, que esta conducta suponga la posibilidad de modificar el comportamiento económico de los consumidores, siempre y cuando incida en alguno de los puntos recogidos en el listado del artículo, que son los siguientes:

- La existencia o la naturaleza del bien o del servicio ofrecido.
- Las principales características del bien o del servicio –como pueden ser sus riesgos o disponibilidad, entre otros–.
- El tratamiento de las reclamaciones y el servicio de atención al cliente posterior a la venta.
- El alcance de los distintos compromisos del empresario o del profesional.
- El precio o el modo en el que se ha fijado²¹.
- La necesidad de un servicio de una pieza concreta, su sustitución o reparación.
- Las características, la naturaleza y los derechos del empresario o profesional, y de su agente.
- Los derechos legales o convencionales de los que dispone el consumidor, o los riesgos que pueda correr²².

Además, el artículo 5.2 de la Ley de Competencia Desleal indica que cuando el empresario o el profesional indiquen en una práctica comercial cualquiera que se encuentra vinculado a un código de conducta, no resulta posible que incumpla ninguno de los compromisos asumidos en dicho código de conducta. De hacerlo, se entenderá su actuación como desleal, siempre y cuando el compromiso resulte firme y pueda ser verificado.

El problema existente en la práctica es que muchas compañías se ven *obligadas* a adherirse a los códigos de conducta, básicamente porque lo hacen todos los competidores y temen dar la impresión de ofrecer menos garantías que los rivales, no porque la adhesión a estos códigos resulte obligatoria. Este fenómeno se ha venido produciendo en los últimos años en sectores que no tenían buena fama respecto al trato a sus clientes como, por ejemplo, las entidades financieras.

²¹ Esta cuestión resultó controvertida en algunos casos. Por ejemplo, ha sido problemática en la fijación de los tipos de interés de algunos contratos bancarios, como las tarjetas de crédito *revolving*.

²² La exposición al riesgo por parte del consumidor, si está correctamente informado, no supone problema alguno. La problemática aparece cuando no se ha informado con la diligencia debida a los consumidores. Para que el lector pueda asociarlo a algún caso reciente, esto ocurrió con los beneficios que aseguraba, en su momento, el Fórum filatélico, que finalmente no fueron los prometidos a los inversores pues, estos, no sólo no lograron ver incrementado su capital invertido en los porcentajes asegurados inicialmente por los profesionales, sino que terminaron perdiendo sus ahorros invertidos.

Se entenderá, igualmente, como desleal, la omisión engañosa de información. En el mismo sentido, nos encontramos con que se cumple este precepto –recogido en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal– si la información ofrecida es poco clara, inteligible, ambigua u ofrece otros problemas de comprensión y/o identificación. A este respecto, puede destacarse el problema derivado, hace unos años, de la letra pequeña de los contratos, que en muchas ocasiones se ofrecía a los consumidores en un tamaño muy reducido y en color amarillo, difícil de leer y distinguir del fondo blanco del papel. En la actualidad, se exige un tamaño mínimo de letra –aunque no se ha terminado con el vocablo “letra pequeña”–, y que se distinga, por su color, perfectamente del color de fondo del papel.

Finalmente, debe señalarse que, para determinar si existe o no carácter engañoso, se atenderá al contexto en el cual se producen los actos, considerando todas las características y circunstancias en las que han ocurrido.

2.2.3. Los actos de comparación pública

Los actos de comparación pública engloban también la publicidad comparativa, y se refieren a una alusión explícita o implícita a un competidor. Se encuentran permitidos, no obstante, si los bienes o servicios tienen la misma finalidad o buscan la satisfacción de las mismas necesidades –con el componente subjetivo que implica si, por ejemplo, escribir con lapicero o bolígrafo solventa exactamente la misma necesidad o no–, realizando la comparación de manera objetiva y englobando una o más características esenciales del producto, que sean verificables y representativas de estos bienes o servicios y entre las cuales, lógicamente, puede incluirse también el precio.

Existen productos más específicos, como los pertenecientes a denominaciones de origen o indicaciones geográficas –entre otras cuestiones–. Respecto a ellos, únicamente resulta posible la comparación con productos de la misma denominación, indicación o resto de consideraciones.

Se entiende que la publicidad comparativa afecta a los intereses económicos de los consumidores cuando resulta apta para generar confusión entre los productos, pero también cuando establece comparativas entre

productos que no cubran la misma necesidad o no atiendan de manera objetiva el análisis de las características de dichos productos.

Además, esta comparación no podrá, en ningún caso, contravenir lo regulado en la Ley de Competencia Desleal respecto a los actos de denigración o explotación de reputación ajena, entre otras, incluyendo las prácticas engañosas por confusión para los consumidores recogidas en el artículo 20 del mismo cuerpo legal.

2.2.4. Otros actos contrarios a los intereses de los consumidores

Al margen de los actos contrarios a los intereses de los consumidores recogidos en los epígrafes anteriores, encontramos otros, que se desarrollan de manera más sucinta, pero conviene también conocer.

Se entienden como desleales las prácticas agresivas, que implican cualquier tipo de comportamiento que, en función de sus características y circunstancias, se entienda susceptible de mermar de una manera significativa, mediante acoso, coacción o incluso el uso de la fuerza o influencia indebida, la libertad de elección o conducta de los consumidores.

Igualmente, se considera influencia indebida el empleo de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica y aprovecharla para ejercer presión sobre él, incluso aunque no exista ningún tipo de fuerza o amenaza física.

Para la determinación de producción del acoso, la coacción o la influencia indebida, deberán tenerse en cuenta las circunstancias recogidas en el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal, que señala las siguientes:

- El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.
- El empleo de un lenguaje o un comportamiento que resulte amenazador o insultante.
- La explotación, por parte del empresario, de cualquier infortunio o circunstancia específica que pueda entenderse lo suficientemente grave como para mermar la capacidad de raciocinio del destinatario.

- Cualquier obstáculo de carácter extracontractual oneroso que resulte desproporcionado y que sea impuesto por el empresario o profesional, cuando la contraparte desee ejercitar algún tipo de derecho legal o contractual.
- Cualquier tipo de comunicación en el sentido de la realización de alguna acción que, legalmente, no pueda llevarse a cabo.

3. Actos contrarios al mercado

Como últimos actos que pueden reputarse desleales, encontramos los que están clasificados como contrarios al mercado, recogidos en los artículos 15 a 17 de la Ley de Competencia Desleal.

En primer lugar, el artículo 15 de este cuerpo legal indica cuándo nos encontramos ante un acto de violación de normas. Así, considera desleal prevalecerse en el mercado de cualquier ventaja adquirida mediante la infracción de las normas. Esta ventaja, además, deberá resultar significativa. Además, tendrá la consideración de desleal la simple infracción de las normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de alguna actividad de carácter concurrencial.

Igualmente, se considera desleal la contratación de trabajadores extranjeros que no dispongan de la necesaria autorización para trabajar en nuestro país, en la convicción de que sus condiciones de seguridad y salarios resultarán inferiores a las estipuladas por la normativa.

En segundo lugar, encontramos a discriminación y la dependencia económica, reguladas en el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal. Se entiende que resulta ilícito el tratamiento de carácter discriminatorio al consumidor en materia de precios o de cualquier otra condición de la venta, salvo que exista alguna causa justificada.

En el mismo sentido, se considera ilícita la explotación, por parte de una empresa, de la situación de dependencia económica en la que pueden

encontrarse otras empresas, o sus clientes o proveedores, si no disponen de alternativa equivalente para la continuidad en el ejercicio de su actividad²³.

Además, se entenderá desleal la ruptura, aunque sea sólo parcial, de una relación comercial establecida, sin ningún tipo de preaviso escrito y con una antelación mínima establecida en un marco temporal de, al menos, seis meses.

En tercer y último lugar, el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal regula la venta a pérdida. Esta venta es la realizada a bajo coste, o por debajo del precio de adquisición del producto, encontrándose prohibida cuando pueda inducir a error a los consumidores respecto del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

También se considera desleal cuando el efecto –que no tiene por qué ser la intención del vendedor– de la venta a pérdida sea el de desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos. Además, se entenderá desleal la venta a pérdida en los casos en que esta se produzca como una táctica cuyo objetivo sea eliminar a un competidor o grupo de competidores en el mercado, obligándoles a vender por un precio por debajo de los costes e implicando su inviabilidad económica.

4. Acciones legales

Existen diversas acciones legales que pueden interponerse contra los actos de competencia desleal, resultando posibles las siguientes:

- Acción declarativa de deslealtad.
- Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura.
- Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

²³ El problema radica en dónde establecer el límite respecto a qué puede solicitarse o no. Por ejemplo, como es bien sabido, en España disponemos de varias fábricas que se dedican a la producción de automóviles. Algunas de ellas se encuentran en zonas geográficas que implican la total dependencia de ellas de sus proveedores o suministradores. No obstante, resulta habitual que, cada cierto tiempo, en la continua búsqueda de reducción de costes, el fabricante solicite a sus proveedores la reducción del importe de las piezas que les suministran.

- Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
- Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.
- Acción de enriquecimiento injusto (sólo procede cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico).

Además, en las sentencias estimatorias de las acciones previstas en los cuatro primeros casos del listado, el tribunal podrá, si así lo estima conveniente, y con cargo al demandado, acordar la publicación total o parcial de la sentencia emitida o, cuando los efectos de la infracción cometida puedan mantenerse durante largo tiempo, una declaración rectificadora²⁴.

Destacan, además, las acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a sus correspondientes códigos de conducta. Si han infringido las obligaciones que, no olvidemos, han asumido de manera voluntaria al adherirse libremente al código de conducta de su sector empresarial.

²⁴ Aunque en un tema distinto al que nos ocupa, estas declaraciones rectificadoras tuvieron su parte polémica también. Resultaron, durante un tiempo, relativamente comunes cuando se aludía, en la denominada prensa rosa, al comportamiento de algún famoso, al que se dejaba en evidencia en la portada de la revista o no salía, cuanto menos, muy favorecido en algún aspecto de su vida personal. Cuando se emitían sentencias que implicaban una declaración de rectificación, las revistas publicaban esta información en el interior de su paginado, y no en la portada como ocurría con la información principal. En la actualidad, se obliga a las publicaciones a que ofrezcan esta información en el mismo lugar en el cual dieron la noticia principal, excepto que alcancen algún tipo de acuerdo –habitualmente de carácter económico– con la persona que ha sido perjudicada con la información.

11. LA PUBLICIDAD COMERCIAL

SUMARIO: 1. Introducción / 2 La integración de la publicidad en los contratos perfeccionados / 3. Las declaraciones publicitarias como continente de los deberes precontractuales de información / 4. Supuestos específicos de publicidad ilícita / 5. El jurado de la publicidad de autocontrol y acciones disponibles contra la publicidad ilícita

1. Introducción

La publicidad comercial es una declaración pública elaborada, principalmente, con el fin último de promover la contratación, tanto si tiene valor informativo, como si es una invitación o reclamo, pues tiende a la celebración de una masa de contratos (Díez Picazo, 2007, p. 383). En este sentido, sus receptores serán una pluralidad indeterminada de personas, ya sean consumidores o empresarios, y la condición de sus emisores quedará limitada, como regla general, a los empresarios.

Por publicidad, por tanto, se entiende cualquier forma de comunicación que ha sido realizada por una persona física o jurídica, ya sea pública o privada, en el desarrollo de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con la finalidad de promover, de una manera directa o indirecta, la contratación de bienes, servicios, derechos u obligaciones.

Se entiende que destinatarios de la publicidad serán aquellas personas a las cuales se dirija el mensaje publicitario –tanto si terminan recibéndolo o no–, o aquellas a las que dicho mensaje alcance, según indica el artículo 2 de la Ley General de Publicidad.

Precisamente, la publicidad se rige por la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, por la Ley de Competencia Desleal y por las distintas normas de carácter especial que regulen ciertas actividades publicitarias. Indica esta cuestión el artículo 1 de la Ley General de Publicidad.

Además, la Ley de Competencia Desleal establece un sistema jurídico de carácter unitario respecto a la deslealtad de las prácticas engañosas o de las agresivas. En general, recoge cuestiones relacionadas con las prácticas desleales.

La disciplina de esta norma resulta de aplicación de manera indistinta al autor de la práctica en cuestión, del hecho que sus destinatarios sean consumidores o se trate de empresarios, y del medio utilizado para la realización de la oferta. La Ley General de Publicidad ha quedado reducida, en la actualidad, a una mera norma de carácter contractual, en la que únicamente se han mantenido supuestos particulares y concretos de publicidad de carácter ilícito y las acciones y remedios que posibilitan su control y represión.

Al objeto de perfeccionar un contrato, tal como dispone el artículo 1262 de nuestro Código Civil, las declaraciones de voluntad principales son la oferta contractual y su aceptación. Una declaración enviada al público podrá ser considerada como oferta contractual cuando contenga los elementos esenciales del contrato, como son el precio del bien o servicio, y refleje la intención contractual de su emisor, interpretada de forma objetiva (Gómez Laplaza, 1993, pp. 59–60).

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce el valor de las ofertas al público como verdaderas ofertas contractuales, siempre y cuando cumplan los requisitos que les son propios (Gaspar Lera, 2014, pp. 136–138). Ello con independencia del medio de comunicación por el que se emita, ya sea por correspondencia, televisión, radio, o haciendo uso de los medios de comunicación electrónicos²⁵.

Por el contrario, en caso de que no concurren en la declaración los requisitos citados, o la misma incluya en su contenido una reserva llevada a cabo por el emisor, la publicidad constituirá una invitación a negociar o a hacer ofertas. En este último caso, la pretensión del emisor de las declaraciones publicitarias no es otra que la perfección de contratos individualizados,

²⁵ El Ordenamiento jurídico español utiliza en varias ocasiones la expresión “*análoga naturaleza*” para referirse a listados de características abiertas, lo que permite adaptarse con mayor facilidad a los nuevos medios o métodos existentes. Encontramos, así, varios ejemplos de esta cuestión, como el artículo 1800 CC, referido a los juegos y apuestas.

toda vez que los receptores indeterminados de la publicidad se pongan en contacto con él al objeto de contratar. De este modo, los receptores indeterminados pasarán a ser determinados desde el momento en que se personen.

La principal consecuencia de la calificación de la publicidad en uno u otro sentido radica en que únicamente cuando la publicidad constituya una oferta, en sentido estricto, su concurrencia con la aceptación, emitida por cualquiera de sus destinatarios, podrá perfeccionar el contrato (Vega Vega, 2005, p. 75). Por el contrario, si la declaración enviada al público tiene naturaleza de invitación solo cabrá, en su caso, que se inicien negociaciones entre el emisor de la declaración y su receptor.

Por lo expuesto, la calificación de la publicidad tiene relevancia, en fase de formación del contrato, al objeto de saber si puede ser exigida o no su perfección. Sin embargo, toda vez que el contrato se haya celebrado, lo relevante en la fase de ejecución es determinar si el contenido de la publicidad puede ser exigido, en su totalidad o en parte, o no (González Gozalo, 2013, p. 779).

2. La integración de la publicidad en los contratos perfeccionados

A fin de conocer cuál es la eficacia jurídico vinculante de la publicidad en el ámbito del derecho inmobiliario, es preciso remitirse tanto a las disposiciones del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y usuarios, –en adelante TrLGDCU–, como a la legislación especial. Estas normas incorporan disposiciones específicas en relación con la formación del contrato que afectan a la eficacia vinculante de las declaraciones públicas (oferta, promoción, publicidad) para su emisor.

A estos efectos, las declaraciones publicitarias que se tienen en consideración, a la hora de valorar su incorporación en la esfera contractual, son todas aquellas que poseen un contenido informativo preciso y detallado, de manera que puedan determinar, al menos en parte, el consentimiento del otro contratante. En consecuencia, no servirá cualquier tipo de publicidad.

Por medio del principio de integración, regulado tanto en el artículo 61 del TrLGDCU como, por ejemplo, en el artículo 3 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, los consumidores pueden exigir el contenido de la publicidad una vez que el contrato haya sido perfeccionado.

Por el contrario, hacer valer el principio de integración de la publicidad en la fase precontractual suscita dudas interpretativas, puesto que puede provocar convertir las declaraciones publicitarias en ofertas contractuales o en fuente de obligaciones para el empresario desde el momento en que fueran emitidas (Font Galán, 2010, pp. 75–76). En ese caso, el principio de integración perdería su finalidad, ya que los receptores de la publicidad podrían exigir la perfección del contrato de conformidad con lo dispuesto en las normas de derecho común, sin necesidad de recurrir a la normativa de consumo.

Por lo expuesto, únicamente en el caso de que la publicidad tenga la naturaleza jurídica de oferta contractual los consumidores podrán exigir al empresario la perfección del contrato. De otro modo, la publicidad constituirá una declaración sugestiva, informativa o una invitación a negociar o a hacer ofertas.

En este sentido, los destinatarios de la publicidad solo tendrán la posibilidad bien de iniciar negociaciones con los emisores de las declaraciones y, en su caso, exigir el contenido del mensaje publicitario una vez que el contrato ya haya sido celebrado, o bien, solicitar al empresario que, en caso de que decida elaborar una oferta contractual, la misma contenga las declaraciones que previamente ha publicitado. Supuesto este último en el que los receptores de la publicidad sí podrían exigir el contenido de las declaraciones en fase de formación de contrato.

En consecuencia, las declaraciones publicitarias integran la oferta contractual, pero no perfeccionan por sí mismas el contrato. Con todo, cabe advertir que el empresario no puede ser obligado a emitir una oferta contractual, circunstancia que no impide valorar su posible responsabilidad extracontractual.

La publicidad es susceptible de generar confianza en sus receptores, por lo que debe vincular a sus emisores con independencia de que exista dolo o negligencia por su parte. Las declaraciones publicitarias contienen información relevante que ha podido servir a la formación de la voluntad de los compradores y, sin embargo, no se ha tenido presente en el contrato y la entrega del bien final.

No obstante, cabe señalar que los consumidores podrán exigir el contenido de la publicidad sin necesidad de que exista nexo causal entre la publicidad y su conocimiento (Infante Ruiz, 2004, p. 203). Las legítimas expectativas de los consumidores han de entenderse en relación con la confianza de los consumidores en la eficacia vinculante de la publicidad para su emisor, y no solo en la influencia que ha tenido el contenido de la declaración publicitaria en su decisión final.

Asimismo, el contenido de la publicidad puede ser exigido existan o no lagunas en el contrato. Con todo, la posibilidad de integración del contrato más allá de la existencia de lagunas contractuales no excluye admitir que, atendiendo a las circunstancias del caso, se reconozcan límites a la integración de los contratos. Ello siempre y cuando el emisor de las declaraciones pueda probar el consentimiento del consumidor, previamente informado, o la existencia de abusos por parte de estos últimos. En este sentido, parece razonable acudir a los principios de Derecho común como límite a los derechos subjetivos de las partes a fin de hacer valer la autonomía de la voluntad de los contratantes (Miranda Serrano, 2006, p. 72).

A estos efectos, si bien es cierto que el carácter imperativo reconocido a disposiciones normativas, como el artículo 61 del TrLGDCU, supone que los contratantes no pueden suprimir los derechos reconocidos a los consumidores, la imperatividad de la norma no prohíbe la validez de los pactos y negociaciones que hayan podido llevar a cabo las partes. Esto se produce siempre que exista el debido consentimiento informado y no quede limitada la voluntad ni defraudada la confianza del consumidor.

En relación con lo expuesto, cabe recordar que en nuestro ordenamiento prima el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por lo

que no sería adecuado excluir de forma absoluta los acuerdos que, aun cuando hayan modificado declaraciones precontractuales, deriven en un contrato perfeccionado por la voluntad concurrente de los sujetos intervinientes.

En todo caso, de surgir conflicto, serán los tribunales los que deban otorgar una solución sobre la operatividad del principio de integración, atendiendo al supuesto de hecho concreto, en lugar de fijar una regla general.

Con todo, junto a lo señalado en los párrafos precedentes, es preciso matizar que en el caso de cláusulas unilaterales introducidas en el contrato por el empresario se acentúa la operatividad del principio de integración, pese a la inexistencia de lagunas.

Estos supuestos reclaman de la mayor protección de los consumidores como parte más débil en la relación contractual. En este sentido, el vendedor no puede servirse de reservas que priven a los consumidores de los derechos que les son legalmente reconocidos, ya que, en ese caso, las cláusulas tendrán la consideración de abusivas.

El incumplimiento del contenido de las declaraciones por parte de su emisor permite, de acuerdo con las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos, exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación y, en caso de no ser posible, su equivalente pecuniario.

De igual modo, es posible solicitar, cuando concurren los presupuestos exigidos en cada caso, la nulidad o anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento, o la resolución del contrato si el incumplimiento presenta entidad suficiente. Ello dado que puede que el consumidor prefiera desligarse del contrato si puede probar la existencia de error o dolo por culpa del empresario contratante, en vez de solicitar el cumplimiento del contrato. Todo lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de la acción de indemnización por los daños y perjuicios que se hayan producido.

3. Las declaraciones publicitarias como continente de los deberes precontractuales de información

Los deberes de información hacen referencia a todo el contenido informativo o explicativo, de carácter obligatorio, que debe ser puesto en conocimiento de los consumidores previa celebración de un contrato.

En este sentido, siempre que el contrato adolezca de determinadas cláusulas contractuales relevantes, como los derechos y obligaciones de las partes (por ejemplo, el derecho de desistimiento), los consumidores podrán exigir la integración de la información, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del TrLGDCU, y comprometer la responsabilidad contractual del empresario (Parra Lucán, 2011, p. 462). Cabe señalar que el ámbito de aplicación de este artículo también puede ser extensible a otros supuestos de integración, como por ejemplo cuando se incorporen cláusulas nulas en los contratos.

El citado artículo 65 del TrLGDCU es complementario al artículo 61 del mismo cuerpo legal, relativo a la integración contractual de la publicidad. La distinción entre ambos carece de relevancia práctica en tanto que los dos artículos reflejan la eficacia vinculante que tienen las declaraciones precontractuales para su emisor, pese a no tener naturaleza jurídica de ofertas contractuales.

Resulta preciso advertir que la elaboración de las declaraciones publicitarias es voluntad de sus emisores, los cuales pueden incluir en ellas tanto información contractual obligatoria, prevista en las normas, como información voluntaria acerca de prestaciones adicionales, exclusivas, de las que el empresario ha dotado a los bienes que pone a disposición del público.

Circunstancia la anterior que en determinadas ocasiones genera una superposición de conceptos en sus manifestaciones. Así, las declaraciones publicitarias y los deberes de información son elementos precontractuales diferentes, pero interrelacionados (Martín García, 2002, p. 35).

La información obligatoria, regulada en las normas generales de protección de consumidores, así como en las leyes sectoriales, que ha de figurar

en determinadas declaraciones precontractuales también desempeña una función importante desde el ámbito de Derecho de la competencia que, indirectamente, incide en el ámbito contractual.

En este sentido, a fin de proteger a los receptores de declaraciones precontractuales de engaños, se han incrementado progresivamente los deberes de información. Este hecho promueve que los empresarios incorporen cada vez más información obligatoria en la publicidad, al objeto de cumplir con el principio de veracidad exigible y evitar que sus prácticas se consideren engañosas. Afirmación que implica que las declaraciones publicitarias sobrecargadas de contenido informativo puedan cumplir con los requisitos esenciales para ser consideradas ofertas contractuales en sentido estricto.

Con todo, la determinación de la naturaleza de las declaraciones precontractuales, entre las que se encuentra la publicidad, no solo queda afectada por la inclusión de información que evite inducir a errores a sus receptores, también es relevante la diversidad terminológica contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a dichas declaraciones precontractuales se refiere, como publicidad, promoción, oferta vinculante, oferta comercial, folleto, invitación a comprar, entre otras (Sánchez Del Castillo, 2007, p. 78).

Un ejemplo de esta pluralidad de términos lo encontramos en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

En este sentido, su capítulo II, dedicado a la actividad de contratación de préstamos o créditos hipotecarios, regula, en los artículos 12 a 14, y 16, el contenido de la publicidad emitida por las empresas, el folleto informativo sobre préstamos o créditos hipotecarios, la información previa al contrato y las ofertas vinculantes, respectivamente. De la lectura de las disposiciones relativas al contenido de las citadas declaraciones podemos advertir que poseen una naturaleza jurídica diferente.

De acuerdo con la afirmación anterior, la importancia que tiene la identidad del contratante para la entidad de crédito hace que los documentos informativos o publicitarios no puedan convertirse directamente en ofertas

contractuales en sentido estricto. Únicamente la denominada oferta vinculante, regulada en el artículo 16 de la Ley 2/2009, puede ser identificada con aquella.

De este modo, en caso de que la oferta vinculante emitida en favor del consumidor concreto, una vez comprobada la situación registral de la finca, así como la capacidad financiera del prestatario, sea aceptada, se perfeccionará el contrato.

Cabe señalar que la regulación de la oferta vinculante en esta ley es más favorable al consumidor que lo previsto en el artículo 8 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, respecto de la misma figura.

Ello en cuanto que esta última señala que la oferta vinculante será puesta a disposición del consumidor siempre que el mismo lo solicite, de otro modo la entidad no estará obligada a entregársela. Circunstancia que puede provocar indefensión de los derechos de los consumidores.

Siguiendo la opinión doctrinal, es preferible la opción legislativa que impone la entrega obligatoria de la oferta vinculante ya que de otro modo se deja en manos del consumidor la protección que el legislador quiere otorgarle (Ordás Alonso, 2014, p. 153).

4. Supuestos específicos de publicidad ilícita

Se considera ilícita la publicidad cuando, en primer lugar, atente contra la dignidad de la persona, o vulnere los distintos valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente los recogidos en los artículos 14, 18 y 20.4.

Entendemos incluidos en esta previsión de ilicitud los distintos anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo como un mero objeto u ofreciendo una imagen que incida en cualquier estereotipo.

Igualmente, se entiende ilícita toda publicidad dirigida a menores que les incite a la adquisición de un bien o servicio, explotando para ello su inexperiencia o credulidad, o aquella en la que aparezcan persuadiendo de la compra de algún producto a sus padres o tutores.

Además, no se encuentra permitido, sin que exista motivo justificado, la presentación de niños en situaciones peligrosas.

Debe indicarse, también, que la publicidad no debe en ningún caso inducir a error sobre las características ofrecidas por los productos publicitados²⁶, ni sobre su seguridad, ni respecto a la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para la utilización del producto en cuestión sin producir algún daño propio o para terceros.

Se entiende como ilícita la publicidad subliminal. Bajo dicha acepción, nos encontramos con aquella publicidad que, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, tienen la capacidad –o pueden tener la capacidad– de actuar sobre el público destinatario, sin que este sea consciente de haber percibido dicha información.

En definitiva, no actúa sobre el consciente, sino sobre el subconsciente, de modo que los receptores del mensaje publicitario no tienen el conocimiento de haber recibido este mensaje, lo que implica que no disponen de la posibilidad de negarse a la adquisición de los productos, pues no saben por qué tienen el impulso de comprarlos.

Del mismo modo, también se reputa como ilícita la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa específica que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

²⁶ No obstante, y dado que se entiende que la publicidad tiene como finalidad persuadir al público objetivo para su adquisición, resulta comprensible que algunas de las capacidades del producto no se correspondan con la realidad, sino que se permita cierta exageración, especialmente cuando resulta comprensible por el público que dicha capacidad no existe realmente. En su momento, aunque después fue retirado por ser considerado machista, resultaba buen ejemplo de esta cuestión el anuncio de la compañía de desodorantes Axe, cuyos productos hacían que los hombres que los empleaban obtuvieran automáticamente la atención femenina.

Respecto a esta última cuestión, la Ley General de Publicidad se refiere a la publicidad de productos sanitarios y de aquellos otros que se encuentran sometidos a reglamentaciones de carácter técnico-sanitario. Igualmente, a los productos o bienes susceptibles de generar riesgo para la salud o la seguridad de las personas, así como a su patrimonio.

En este último punto quedan incluidos los juegos de azar, envite o suerte, que además han sufrido modificaciones hace poco tiempo. Incluso estos últimos meses, todavía resultaba prácticamente imposible ver algún evento deportivo en televisión –o escucharlo por la radio, o leer su crónica en los medios de comunicación– sin ver algún anuncio publicitario de casas de apuestas.

Los reglamentos que desarrollen estas previsiones concretas deberán especificar en su redacción los siguientes puntos:

- La naturaleza y las características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad resulte objeto de regulación.
- La forma y condiciones en las que podrá realizarse la difusión de los mensajes publicitarios.
- Los requisitos de autorización.
- De la misma manera, deberán recoger los posibles riesgos derivados de un uso normal de los mismos.

Cuando se trata de productos medicamentosos, estupefacientes o psicotrópicos destinados al uso humano o animal, sólo podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones que se encuentran recogidos en las normas especiales que los regulen²⁷, como indica el artículo 5.4 de la Ley General de Publicidad.

No queda permitida, además, la publicidad de todo tipo de bebidas alcohólicas en los lugares en que se encuentre prohibida su venta o su consumo, así como la publicidad que se emita por televisión, cuando la

²⁷ Hasta hace unos años, resultaba habitual que aparecieran en pantalla, para anunciar productos farmacéuticos o medicamentos, actores, haciéndose pasar por doctores reales. En ocasiones, incluso aparecía en pantalla un número ficticio de colegiación médica. En la actualidad, esta posibilidad no puede ya realizarse.

graduación alcohólica de las bebidas supere los veinte grados. Esta última prohibición puede extenderse por parte del gobierno a las bebidas con una graduación inferior.

Como norma general, tanto la forma, como el contenido y las condiciones de la publicidad de las bebidas alcohólicas se encontrarán limitados reglamentariamente, en orden a la prevalente protección de la salud y la seguridad de las personas, tal y como señala el artículo 5.5 de la Ley General de Publicidad.

De hecho, el inicio de la fabricación y comercialización de las cervezas sin alcohol obedeció a estas premisas, pues su venta se encontraba muy lejos de los ideales de la industria. Pero, si los fabricantes utilizaban el mismo etiquetado y envase, añadiéndolo únicamente el hecho de tratarse de una cerveza sin alcohol, podían mostrar en los anuncios su imagen, marca y producto, simplemente con ese añadido final.

En el caso de producirse algún incumplimiento de las normas especiales en materia de publicidad, se entenderá que se ha producido una infracción, a los efectos previstos en el TrLGDCU y en la Ley General de Publicidad – artículo 5.6 de esta norma–. Además, se entenderá que e ha incurrido en competencia desleal, como señala el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal.

5. El jurado de la publicidad de autocontrol y acciones disponibles contra la publicidad ilícita

Autocontrol es una asociación carente de ánimo de lucro, que se encuentra compuesta por los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones publicitarias que ejercen su actividad en nuestro país.

Dispone de tres instrumentos esenciales, como son su propio código de conducta, un gabinete técnico y un órgano independiente, el denominado jurado de la publicidad de autocontrol.

Este jurado de la publicidad es un órgano con carácter independiente, como se ha señalado, que realiza sus actuaciones con plena autonomía.

Las principales funciones del mismo consisten en formular los anteproyectos de los códigos éticos y otras normas de conducta en materia de comunicación comercial que se presenten a la junta directiva de esta asociación.

Igualmente, también tiene como competencias la resolución de las distintas reclamaciones presentadas en relación con las comunicaciones comerciales que sean realizadas, o difundidas, por sus asociados, o incluso por terceros que no se encuentren asociados, pero que de manera expresa o tácita acepten la competencia de la asociación, en lo referente a presuntas infracciones de los códigos y normas éticas de la asociación.

En este sentido, por tanto, nos encontramos ante una instancia de resolución extrajudicial de controversias en el mundo publicitario, que realiza una tarea de carácter institucional y especializado en el ámbito publicitario y de la comunicación comercial.

Respecto a las acciones posibles frente a la producción de publicidad de carácter ilícito, estas son las recogidas, con carácter general, para la competencia desleal, en la propia Ley de Competencia Desleal.

Además, respecto a la publicidad ilícita por la utilización de modo discriminatorio o vejatorio de la imagen de la mujer, se encuentran legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, primera a cuarta de la Ley de Competencia Desleal, la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, el Instituto de la Mujer (o su equivalente autonómico en cada una de las Comunidades Autónomas de nuestro país), las asociaciones que se encuentren legalmente constituidas en el momento en cuestión y cuyo objetivo único radique en la defensa de los intereses de la mujer –y no incluyan entre sus diversos asociados a personas jurídicas que tengan ánimo de lucro–, y el Ministerio Fiscal.

La competencia de todos estos organismos viene recogida en el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal.

IV. PROPIEDAD INDUSTRIAL

12. INTRODUCCIÓN A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Propiedad intelectual / 3. Propiedad industrial

1. Introducción

Se entiende como propiedad intelectual a la locución técnica que, en el Derecho español tradicional, incluye la disciplina de las denominadas creaciones industriales –en las que se encuentran englobadas las patentes, los modelos de utilidad y los diseños industriales– y de los signos distintivos –conformados por las marcas, los nombres comerciales y los rótulos de los establecimientos–.

No obstante, no existe propiamente dicha una definición unánimemente aceptada de propiedad intelectual (OMPI, 2016, p. 3), al no encontrarse recogida en el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual del año 1967. El Convenio, eso sí, indica las materias que pueden resultar objeto de la protección mediante derechos de propiedad intelectual, siendo tales los siguientes:

- Las obras literarias, artísticas y científicas.
- Las distintas interpretaciones de los artistas intérpretes, y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, así como en igual medida, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión.
- Los descubrimientos científicos.
- Las invenciones, en cualquier campo de la actividad humana.
- Los diseños industriales.
- Las marcas de fábrica, igual que las de comercio y de servicio, así como también los nombres y denominaciones comerciales.
- La protección contra la competencia desleal.

- Cualquier otro derecho relativo a las distintas actividades intelectuales que se produzcan en los campos industrial, científico, literario y artístico.

En todos estos casos, se entienden como producto del intelecto humano y, por lo tanto, son considerados bienes inmateriales, que resultan susceptibles de protección por el Derecho. En la actualidad, se entiende que una máquina o una inteligencia artificial no puede ser considerada como creadora de estas cuestiones, únicamente a los seres humanos se les reconoce esta posibilidad.

En nuestro Derecho, en la actualidad, en lo concerniente a la propiedad intelectual, se ha experimentado una reducción de la importancia que tenía antaño, debido a la aparición de nuevas tecnologías y medios de difusión de las obras.

De hecho, el régimen de propiedad intelectual viene aproximándose desde hace cierto tiempo al reconocido en la propiedad industrial, especialmente por la relevancia que han adquirido los derechos de reproducción de la obra artística o científica –el conocido *copyright*–, elevándose sobre la consideración de la autoría de la obra y dejándola en un segundo plano.

No obstante, la propiedad industrial forma parte de la intelectual. Así, encontramos que, realmente, lo que ocurre es que la propiedad intelectual –entendida como creaciones que resultan novedosas a escala universal– se subdivide en dos grandes campos; la propiedad industrial y los derechos de autor. Existe un tercer campo, el de las variedades vegetales.

2. Propiedad intelectual

Resulta imposible, por tanto, aludir a la propiedad industrial sin realizar, previamente, un breve recorrido por un concepto más amplio, como es el de la propiedad intelectual.

A este respecto, se considera como propiedad intelectual a la integrada por derechos de carácter tanto personal como patrimonial, que atribuyen al

autor la plena disposición, así como el derecho exclusivo a la explotación de la obra creada, sin más limitaciones que las establecidas en la norma.

Esta definición la encontramos en el artículo 2 de la norma reguladora de esta materia, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Resulta fundamental, dentro de la propiedad intelectual, el concepto de autoría –esto es, quién se considera autor de una obra–. En este sentido, el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que la misma, tratándose de una obra literaria, artística o científica, se corresponde con el autor de esta, por el simple hecho de su creación.

Además, estos derechos de autoría se entienden como independientes, acumulables y compatibles, dividiéndose en tres categorías distintas, tal y como señala el artículo 3 de la Ley de Propiedad Intelectual.

En primer lugar, encontramos la propiedad y otros derechos análogos que tengan como objeto la cosa material a la cual se encuentre incorporada la creación intelectual concreta.

En segundo lugar, los derechos de propiedad de carácter industrial, en este caso, que puedan existir sobre la obra.

Finalmente, en tercer lugar, también existen otros derechos distintos sobre la propiedad intelectual, que se encuentran recogidos en el Libro II de la Ley de Propiedad Intelectual –artículo 105 y siguientes de la norma–.

La normativa distingue, además, distintos conceptos de autores, pues puede darse el caso de realización de una obra de manera individual, pero también puede elaborarse en coautoría, por ejemplo.

De este modo, el artículo 5 contempla la posibilidad de que existan otros beneficiarios distintos al autor. Así, reconoce en primer término que se reputará como autor de la obra a la persona natural –no lo olvidemos, las

máquinas o las personas jurídicas no pueden ser consideradas como autoras de una obra—, que crea una obra literaria, artística o de carácter científico.

Pero no implica esta cuestión que, automáticamente, sea el autor la única persona que se beneficie de ello. Si bien la norma reconoce que el autor se encontrará protegido por la misma, también se permite la posibilidad de beneficio a personas jurídicas en los casos que se encuentren expresamente previstos.

Debemos también distinguir la obra individual, realizada en su totalidad por un único autor, de la realizada junto con más personas. En estos casos, encontramos en primer lugar las obras en colaboración, que serán el producto de la colaboración de varios autores. En este aspecto, los derechos sobre la obra corresponderán a todos ellos, como señala el artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Intelectual.

No implica esto, no obstante, tal y como señala el punto cuarto del mismo artículo, que todos los autores tengan una participación proporcional respecto a los derechos de propiedad intelectual. Muy al contrario, se establece libertad de las partes para el establecimiento de la proporción indicada para cada uno de ellos. Caso de no indicar nada al respecto, debe entenderse que todos participan por igual.

Otro tipo de obra desarrollada por más de un autor es la obra colectiva. En este caso, entendemos como obra de este tipo la que ha sido creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona, que puede ser natural o jurídica, que la edita y divulga bajo su nombre. No obstante, el conjunto de la obra se encontrará conformado por diferentes aportaciones de distintos autores, cuya contribución personal contribuye de manera necesaria a la creación de la obra, fundiéndose en una sola.

El desarrollo de esta obra implica que no resulta posible la atribución independiente de su autoría a ninguno de los autores partícipes en la misma, impidiendo también a cualquier de ellos ostentar un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. Además, se entiende que, salvo que exista un pacto específico en contrario, los derechos respecto a esta obra de carácter colectivo

pertenecerán a quien la edite y divulgue bajo su nombre, en lo que habitualmente en la práctica se conoce como coordinador.

Por último, puede también encontrarse la denominada obra compuesta e independiente, regulada en el artículo 9 de la norma. En este sentido, se entenderá como tal a la obra nueva que incorpore otra que ya existía anteriormente, sin colaboración de ningún tipo del autor original, pero sin menoscabar los derechos que le corresponden y precisando de su correspondiente y obligatoria autorización.

Cuestión tremendamente importante constituye, por otra parte –si bien en la actualidad resulta cada vez menos habitual, por no decir ya prácticamente imposible en la práctica– la existencia de obras anónimas, seudónimas o en las que resulte necesario establecer una presunción de autoría, porque se desconoce quién las elaboró, pero existen pruebas fundadas de la identidad de la persona que las ha creado.

En la actualidad, como indica el artículo 6 de la Ley de Propiedad Intelectual, se presumirá la autoría, excepto prueba en contrario, a quien aparezca ostentando tal posición en la propia obra, ya sea mediante su nombre, firma o cualquier otro signo que lo identifique.

Problema radicalmente distinto al existente con las obras anónimas o firmadas bajo seudónimo. El último de los casos resulta más sencillo, pues en los contratos perfeccionados entre esta persona y quien realice la divulgación o comercialización de la obra, constará claramente quién es el autor de la misma, con su identidad y datos reales. Son varios los autores que son reconocidos en el campo literario por su seudónimo, tanto en el presente, como en el pasado²⁸.

²⁸ Por ejemplo, el autor español José Martínez Ruiz apenas es identificado por este, su nombre real, sino que en el campo literario todos los lectores lo conocen por su seudónimo, “Azorín”.

Existen, también, autores que son mundialmente famosos por su nombre auténtico, pero, en algunas obras –bien porque cambian de género, bien porque quieren saber si gozan del favor de público y crítica por su nombre o por mantener todavía su capacidad literaria– utilizan una identidad distinta, valiéndose de un seudónimo. Es el caso, en la actualidad, del conocido autor Stephen King que, si bien ha firmado la mayoría de sus obras con este nombre, también ha firmado otras bajo el seudónimo de Richard Bachman.

En lo referido a la duración de la protección al autor de la obra y de los derechos de explotación, también debe distinguirse entre los distintos tipos de obra existentes. La más sencilla es la individual.

En tal caso, como indica el artículo 26 de la Ley de Protección Intelectual, estos derechos durarán durante toda la vida del autor, a los que se sumaran otros setenta años después de su muerte o de la respectiva declaración de fallecimiento –debe entenderse, lógicamente, que esta declaración de fallecimiento permitirá el cómputo del plazo si no ha sido posteriormente retirada por haber aparecido con vida el autor de la obra–.

El mismo período temporal, salvo circunstancias concretas, se aplica respecto a las obras en colaboración y las colectivas, como recoge el artículo 28 de la Ley de Propiedad Intelectual.

En lo concerniente a los derechos de las obras anónimas, aparece el problema de imposibilidad de determinación del fallecimiento del autor, pues se desconoce la identidad del mismo. En este caso, como recoge el artículo 27 de la Ley de Propiedad Intelectual, el plazo será de setenta años desde la divulgación de la obra.

Ocurre lo mismo con las seudónimas, con la salvedad que, si existe un conocimiento indudable de quién es el autor, resultará finalmente de aplicación el artículo 26; es decir, la duración de la vida del autor –bien declaración de fallecimiento, bien muerte–, a la que deberán sumarse los preceptivos setenta años.

Además, la normativa recoge cuestiones específicas relacionadas con la autoría en diversos campos. Por ejemplo, en la actualidad, ha cobrado gran importancia esta cuestión en relación con los programas de ordenador, recogidos a partir del artículo 95 de la Ley de Protección Intelectual.

En este sentido, la norma señala que resultará de aplicación lo recogido en el título específico de la misma y, en defecto de previsión, las disposiciones que resulten aplicables de la propia ley.

Así, la norma considera como programa de ordenador a cualquier secuencia de instrucciones o de indicaciones que tenga como finalidad ser

empleada, bien de manera directa, bien indirecta, en algún sistema informático, para la realización de una función o tarea o para la obtención de un resultado concreto, en cualquier forma de expresión o fijación.

El precepto segundo del artículo 96 de la Ley de Propiedad Intelectual –que es también el que nos ofrece la definición de programa de ordenador–, indica que el programa únicamente se encontrará protegido si se trata de uno original, entendiéndolo como el resultado de una creación intelectual propia de su creador, y no una mera copia de otro programa ya existente.

3. Propiedad industrial

Entendemos la propiedad industrial como el conjunto de derechos, de carácter exclusivo, que una persona posee –o puede poseer– sobre una invención, un diseño industrial o un signo distintivo.

Este derecho de carácter exclusivo implicará que sólo esa persona podrá utilizar esta invención, diseño o signo distintivo. No obstante, no existe problema en el empleo de las mismas por un tercero, bajo ciertas circunstancias, que implicarán como regla general ostentar el permiso, mediante la obtención de algún acuerdo, de quien posea el derecho a utilización en exclusiva. En definitiva, el titular de este derecho tendrá la posibilidad de concesión de la transmisión de la propiedad industrial, o licencias de explotación, a terceros.

En nuestro país existen diversos tipos de propiedad industrial, que pueden clasificarse en los siguientes:

- Diseños industriales: tienen como finalidad la protección de la apariencia externa de los productos.
- Patentes y modelos de utilidad: protegen invenciones tanto de productos como de procedimientos susceptibles tanto de reproducción como de reiteración con fines industriales.
- Marcas y nombres comerciales –también conocidos como signos distintivos–: se encargan de la protección de las combinaciones gráficas o denominativas, ayudando a distinguir en el mercado los distintos

productos o servicios ofertados de otros similares que sean ofertados por compañías diferentes.

- Topografías de semiconductores: permiten la protección del esquema de trazado de las diferentes capas y elementos que forman parte de un circuito integrado, así como su configuración tridimensional e interconexiones. De todos los tipos reseñados, este resulta el que menos desarrollaremos en esta obra.

Respecto a las normativas que configuran la propiedad industrial, en el ámbito internacional, debe destacarse en primer lugar una norma que resulta de aplicación a la gran mayoría de países, también España. Estamos refiriéndonos al Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, de 20 de marzo de 1883.

Inicialmente se aplicaba a únicamente diez países. En la actualidad, son más de ciento setenta las naciones que han ratificado este texto. Nuestro país ratificó este Convenio un año después, en junio de 1884. Además, debido a la antigüedad del propio Convenio, su redacción ha sido modificada en varias ocasiones.

Las principales claves que pueden destacarse de este Convenio de París pueden agruparse en tres cuestiones, siendo tales el derecho de prioridad, el trato nacional y las normas comunes a todos los integrantes del Convenio.

En primer lugar, respecto al derecho de prioridad, se comprende fácilmente que, en el momento de realización del registro de cualquier patente, diseño industrial o cualquier otro tipo, es tremendamente complejo –por no decir imposible– hacerlo en todos los países al tiempo. Así, se entiende que al realizar el registro en uno de los países integrantes del Convenio es el derecho a la espera que se genera al realizar el registro de la propiedad industrial en un país.

En función de tal acuerdo, se dispone de doce meses para la solicitud del registro de modelos de utilidad y de patentes, reduciéndose el tiempo a seis meses para los dibujos, las marcas y los modelos industriales. Así, en función de estos plazos, cualquier cuestión que suceda entre la solicitud

inicial y la presentación de las siguientes no tendrá efecto alguno sobre las mismas.

En segundo lugar, nos encontramos con el trato nacional. Con esto, se pretende evitar que, por el hecho de ser extranjero, no se defienda de la misma manera la propiedad que si se tratase de alguien nacional o con residencia en el país en el cual se ha producido el registro.

Finalmente, en tercer lugar, deben destacarse las normas comunes. La finalidad es la creación de un marco normativo común que facilite una aplicación homogénea en todos los estados integrantes del Convenio. Así, por citar algunos ejemplos, el inventor tendrá siempre el derecho a ser reconocido como tal; las patentes serán independientes las unas respecto de las otras; las marcas se encontrarán reguladas en la norma nacional de cada país, pero existe una clasificación colectiva respecto a su registro, entre otras consideraciones.

Continuando con la norma internacional, puede reseñarse el Arreglo de Niza, relativo a la Clasificación Internacional de productos y servicios para el registro de marcas, de 15 de junio de 1957. Igual que el Convenio de París, también ha sufrido modificaciones conforme ha sucedido el tiempo. Subdivide los productos y servicios en distintas categorizaciones.

Puede también destacarse el Arreglo de Estrasburgo, relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, que data del año 1971.

Más moderno en el tiempo es el Tratado de Singapur, sobre el Derecho de Marcas, de 2006.

Finalmente, aunque no implica la inexistencia de un mayor número de normas en este ámbito, puede señalarse el Tratado sobre el Derecho de Patentes, y el Reglamento sobre el Derecho de Patentes, de 2013.

En lo respecto al ámbito comunitario, son también múltiples las normativas que se encargan de estas cuestiones. Debe destacarse, entre otros, el Reglamento sobre la Marca de la Unión Europea.

Igualmente, deben mencionarse el Reglamento Delegado de la marca de la Unión Europea, y el reglamento de Ejecución de la Marca de la Unión Europea. Además, cabe reseñar el Reglamento de ejecución del Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios.

Por supuesto, en el ámbito nacional también existen numerosas normas reguladoras en la materia. En este aspecto, pueden destacarse la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y el Reglamento 687/2002, de 12 de julio, por el que aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001. Ha sufrido recientemente modificación en su redacción, entrando en vigor en diciembre del año 2018.

Además, también deben mencionarse la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, y su Real Decreto 1937/2004, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 20/2003.

En último lugar, y sin que sea la última norma reguladora en la materia en nuestro organismo jurídico, deben señalarse la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, y el Real Decreto 316/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de esta ley.

3.1. Características de los derechos de propiedad industrial

Si bien existen diversas clasificaciones de las principales características existentes en los derechos de propiedad industrial, en esta obra seguiremos el criterio de Hernández Rodríguez (2011).

En primer lugar, debe referirse que el modo de adquisición de estos derechos se produce por mor de un acto administrativo de concesión que, evidentemente, resultará favorable si se cumplen los criterios exigidos para ser acreedor de la obtención de estos derechos.

En segundo lugar, se destaca la duración de los mismos, que es más reducida que en el caso ya observado de los derechos de propiedad intelectual. En la propiedad industrial, esta duración se encuentra más limitada temporalmente, siendo distinta según de qué derecho concreto se trate –veinte años para las patentes, diez para los modelos de utilidad y cinco años para los

diseños industriales, siendo estos últimos renovables por períodos de un lustro, con un máximo de veinticinco años—.

Resulta también importante resaltar su posibilidad de repetición, pues al tratarse de bienes inmateriales pueden repetirse de manera ilimitada. Es decir, se puede emplear en múltiples objetos de manera simultánea. Si nosotros adquirimos, en cambio, un automóvil, sólo tendremos el vehículo que hemos comprado, y no todos los demás modelos que sean idénticos y circulen por nuestras carreteras. En cambio, si hemos obtenido derecho a la utilización, por ejemplo, de un signo distintivo como productores de automóviles, tendremos derecho a incluirlo en todos los vehículos que fabriquemos y vendamos.

En cuarto lugar, debe reseñarse la ubicuidad. Es decir, el bien, de carácter inmaterial, protegido por estos derechos se puede encontrar en varios puntos geográficos al mismo tiempo, sin que exista ningún tipo de problema en ello. Si nos referimos, en cambio, a bienes materiales, la posibilidad de que se encuentren en dos lugares distintos en un mismo instante deviene completamente imposible.

Además, se trata de derechos exclusivos y excluyentes. En el primer sentido, porque únicamente el titular de los mismos puede utilizarlos, teniendo la posibilidad de prohibición al resto. En el segundo, resultan excluyentes porque sobre un mismo objeto resulta imposible que exista más de un derecho de exclusiva, resultando permitido que sólo exista una patente respecto a una invención, pues de lo contrario, se perdería este halo inventivo y de innovación requerido.

En sexto lugar, otra de las características de los derechos de propiedad industrial se refiere a la eficacia territorial, pues en muchas ocasiones, más todavía en la actualidad, con un mundo tan globalizado, resulta preciso que la protección no se obtenga únicamente para el territorio nacional en el cual se solicita la protección, sino que sea extensible a más estados.

3.2. La importancia del registro de los derechos de propiedad industrial

La adquisición de los derechos de propiedad industrial sólo es posible mediante su registro, que es el modo por el cual el propietario obtendrá la

posibilidad de uso exclusivo de los mismos y, en caso de que alguien los utilice sin su consentimiento, la posibilidad de solicitar la cesación de la conducta y la correspondiente indemnización, si resulta aplicable al caso concreto.

La característica fundamental de esta facultad adquirida con el registro es la posibilidad, concedida a su titular, de prohibición respecto a terceros del uso del objeto que se encuentre protegido por el derecho.

En este sentido, encontramos que la protección legal no se encuentra configurada por igual si nos referimos a marcas, patentes o diseños (Hernández Rodríguez, 2011, pp. 111–112).

En lo relativo a las marcas, quien ostenta el derecho sobre las mismas tendrá, en todo caso, la facultad de prohibición a los terceros del empleo del mismo signo, cuando sea idéntico.

No obstante, esta facultad prohibitiva va más allá, pues también resultará posible ejercerla, aunque el signo no resulte idéntico al protegido, pero sí se entienda que es lo suficientemente similar al registrado como para poder producirse alguna confusión.

De este modo, la prohibición no se agota en el ámbito de lo idéntico, sino que se extiende hasta lo confundible.

Respecto a la cuestión de las patentes, la normativa está regulando el contenido de esta protección otorgada en sentido negativo. Evidentemente, no obstante, esta protección negativa permite en la práctica el ejercicio, por parte del titular de la patente, del derecho de uso o explotación de la misma con carácter exclusivo, impidiendo a los terceros su empleo.

Así, quien ostente la titularidad de la patente de un producto gozará de la posibilidad de prohibición a terceros tanto respecto a la fabricación, ofrecimiento, utilización, introducción en el mercado, importación del producto o la propia posesión de los objetos con cualquiera de los fines referenciados.

En caso de tratarse de patentes de procedimiento, el titular ostenta el derecho respecto a la prohibición de su utilización, pero también en lo concerniente al ofrecimiento de este empleo, así como el propio ofrecimiento, introducción en el mercado, utilización e importación y posesión.

En lo relativo al diseño, nos encontramos con un funcionamiento similar al existente respecto a las marcas. Así, la norma otorga al titular del registro del diseño la posibilidad de utilización en exclusiva del mismo. También ofrece esta norma una perspectiva negativa, materializada en la prohibición de la utilización por terceros de este diseño protegido.

Debe, además, entenderse en un sentido amplio el concepto de utilización respecto al diseño. De esta manera, se entiende la existencia o el uso de un diseño en varios supuestos, como serían la fabricación, comercialización, oferta, importación o exportación, uso y almacenamiento con la intención de realización de alguno o varios de los actos referenciados en este listado.

En el mismo sentido que se indicaba para la protección respecto a las marcas, la protección que otorga el diseño registrado no se limita a la prohibición de fabricación a los terceros y resto de supuestos cuando nos encontremos ante un diseño similar. Sino que puede igualmente prohibirse a diseños lo bastante semejantes como para que el consumidor no informado pueda confundir un producto con otro.

En el diseño, los conceptos de confusión o posible asociación cambian por el de carácter singular.

En la actualidad, se entiende que resulta inevitable que los productos se parezcan entre sí, siendo algunos elementos tremendamente semejantes. No obstante, el diseño global debe permitir la diferenciación de unos con otros.

13. SIGNOS DISTINTIVOS

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Marcas / 3. El signo constitutivo de marca / 4. Contenido del derecho de marca

1. Introducción

Los signos distintivos constituyen una creación del intelecto humano, teniendo como finalidad la individualización y diferenciación de la empresa como organización. De esta manera, dicha distinción se engloba a todas las dimensiones de la compañía, incluyendo especialmente a su titular, a los productos de la sociedad y la sede física en la que se ubica.

Estos signos distintivos son, por tanto, elementos sensoriales que, una vez se exteriorizan en cualquiera de los elementos que forman parte de la empresa –o que tienen algún vínculo con ella–, o aquellos en los que la sociedad realiza su actividad en relación con los terceros en el mercado –ya se trate de productos, instalaciones, documentación mercantil, publicidad o cualquier otro elemento–, permiten que resulte posible que estos terceros la reconozcan en su individualidad, diferenciándola además de otras organizaciones, pertenezcan o al mismo sector del mercado.

En definitiva, se trata de bienes inmateriales de la empresa, que permiten al titular la utilización en exclusiva. Además, son elementos de la empresa entendidos en sentido objetivo.

Debe señalarse que los signos distintivos se engloban en el régimen de la libre competencia. Encuentran así su protección cuando se produce alguna actividad relacionada con prácticas desleales.

2. Marcas

La regulación de las marcas se encuentra recogida en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Además, en el ámbito comunitario resulta de aplicación el Reglamento (UE) 2017/1001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea. La norma española indica lo mismo que la europea y, prácticamente, en los mismos términos.

Entendemos la marca como el signo distintivo que sirve para la individualización y distinción en el mercado de los diversos productos o servicios de una empresa de los de la competencia. Estos servicios pueden ser idénticos o similares a los ofrecidos por los competidores. Se expresan, en este sentido, los artículos 4 de la Ley de Marcas y el artículo 4 del Reglamento de Marcas de la Unión Europea.

La principal función de la marca es, por lo tanto, su aptitud diferenciadora. Nos permite identificar a la compañía en el mercado y distinguirla de los competidores. Por ello, construir una buena imagen de marca deviene en muchas ocasiones básico para los fabricantes. En algunas situaciones, incluso, a la hora de tomar la decisión por los consumidores respecto a la adquisición de los bienes o servicios ofrecidos por una u otra empresa, resulta más poderosa la imagen de marca que las prestaciones reales de los productos²⁹.

Por ello, este derecho de marca tiene como finalidad, en la utilización del signo, el objetivo de la diferenciación de ciertas clases de productos o servicios. Estas clases deben estar insertas dentro de las reconocidas en el Nomenclátor internacional, establecido en virtud del Arreglo de Niza de 15 de junio de 1957, que ha sido objeto de modificaciones posteriores.

Esta aptitud diferenciadora se encuentra basada en el denominado principio de especialidad, que es la base sobre la que se encuentra sustentado el régimen jurídico del derecho relativo a la marca.

²⁹ Sin entrar en el análisis de la buena o mala calidad de los productos concretos, cuando una compañía tiene una buena imagen de marca, los compradores están dispuestos a adquirir sus productos incluso sin haberlos probado antes o haber utilizado ningún otro anterior de la empresa. En este sentido, pueden referenciarse los productos de marcas como la informática Apple o la automovilística Tesla.

Realmente, este régimen jurídico no se refiere al signo entendido en abstracto, sino que va más allá. Así, se refiere a la relación existente entre el signo y los distintos productos o servicios que identifica.

De esta manera, podemos encontrar en el mercado múltiples productos, de muy distintas compañías, y que resulte perfectamente posible que identifiquemos el de la empresa que deseamos adquirir.

En el sentido contrario, también permite que, si una compañía fabrica diversas líneas de productos, podamos identificar sin problemas que se trata del mismo fabricante en todos los casos.

Esta identificación del fabricante puede resultar relativamente sencilla en algunas ocasiones, especialmente si los productos obedecen a una misma línea de producto con distintas características –si fabricamos ordenadores, y los ofrecemos tanto de gama media, como baja y alta–. No obstante, resulta más compleja, pero todavía asequible cuando se ofrecen productos complementarios –si fabricamos platos, el consumidor puede entender lógico que también fabriquemos vasos o bandejas para la comida–. En cambio, la identificación de pertenencia de algunos productos que nada tienen que ver entre sí resultan más complejos, de modo que muchos consumidores no serían capaces de identificar que se trata del mismo fabricante –por ejemplo, la compañía Yamaha fabrica desde instrumentos musicales a motocicletas–.

2.1. Funciones que desempeña la marca

La marca, como tal, desempeña múltiples funciones, que vamos a analizar de manera sucinta en este epígrafe.

La primera función de la marca, absolutamente fundamental, versa sobre la información respecto al origen empresarial del producto o servicio. Conociendo de qué compañía se trata, disponemos de gran cantidad de información en este sentido. Incluso, el consumidor informado, o experto en la materia, dispondrá de una gran cantidad de datos respecto a la compañía, en relación a esta cuestión.

La segunda función radica en la indicación de la calidad de los productos de la marca. Se expresan en este sentido los artículos 36.2 de la Ley de Marcas y 13.2 del Reglamento de Marcas de la Unión Europea.

Además, estos artículos indican que, incluso cuando se hubiera producido el agotamiento de la marca, se mantiene vigente la prohibición del titular o, mejor dicho, esta renacerá cuando el estado de los productos de la compañía sea modificado o alterado tras su comercialización.

Realmente, la terminología de indicación de calidad que cumple la marca induce al error. No estamos refiriéndonos con esta cuestión a que resulte indicativa de una mejor o peor calidad de sus productos, sino a que lo esperable de los productos de esta marca es un nivel de calidad concreto. Esto es, que sigan una línea homogénea respecto a la calidad de sus productos.

Por tanto, si la marca es famosa por realizar productos básicos, el comprador no puede adquirir uno de sus productos con la convicción de estar comprando un producto de gama alta –siempre y cuando, por supuesto, no se le hubiera dado información falsa respecto al producto, en cuyo caso nos encontraríamos ante un supuesto distinto–.

No obstante, la marca también tiene la capacidad de ser representativa o indicadora del prestigio o buena reputación³⁰ de la compañía en cuestión, respecto a los productos o servicios ofertados. Si bien, esto queda más claro con las marcas renombradas, pues todo el mundo las conoce, que con las menos famosas en el mercado o de carácter más local.

También es cierto que es buena, o mala fama, no tiene por qué ser inherente a la calidad de los productos o servicios ofertados, aunque ocurre en muchas ocasiones. Por ejemplo, los automóviles Rolls–Royce son conocidos por su alta calidad, y el objetivo de la compañía es no defraudar en este aspecto a sus acaudalados clientes.

Pero existen ocasiones en las que no es la calidad la que prima para una buena reputación de marca. Puede ocurrir esta positiva imagen de marca debido a cuestiones históricas –si en el pasado ofreció algún buen producto o

³⁰ También denominada con el anglicismo “*goodwill*”.

servicio, aunque normalmente no lo haga, si bien es cierto que esta cuestión suele operar más en el sentido negativo—. También podrá deberse a la mera publicidad, creando unas características o una imagen que no sea la más próxima —o sí— a la realidad. En múltiples ocasiones, de hecho, los fabricantes han utilizado la publicidad para cambiar su imagen de marca o intentarlo, sin ser garantía de éxito.

Igualmente, también la propia fuerza sugestiva del signo, pues una buena apreciación por los consumidores contribuirá notablemente a la opinión que tengan los mismos respecto a ella y su rápida identificación.

Por último, por supuesto, la marca desempeña función publicitaria. No en el sentido de resultar necesario invertir en publicidad, sino porque la da a conocer y permite que el público la tenga en mente. En ocasiones, ciertas empresas han utilizado al máximo esta posibilidad para resultar más notorias —suele serlo cuando ya son reconocidas— exponiendo de manera casi gigantesca su signo distintivo en los distintos productos o, simplemente, su nombre. Por ejemplo, lo hizo hace años Adidas incluyendo su grafía en las prendas deportivas que vendía y, en la actualidad, lo realizan varias compañías de prendas de ropa.

2.2. Clases de marcas

Existen varias clases distintas de marcas, resultando todas ellas de gran importancia, en relación a la información que facilitan al consumidor. Pueden distinguirse, por ejemplo, las marcas en relación a los signos y la actividad que llevan a cabo, en función de quién ostenta la titularidad de las mismas, según si nos encontramos ante marcas de garantía o de certificación y, también, en atención a cuál es el ámbito territorial sobre el que obtienen la protección —distinguiendo principalmente, respecto a esto, el ámbito nacional, el comunitario y el internacional, pero resultando también posible un ámbito de carácter local—.

En lo relativo a los signos y a la actividad de la compañía, debe atenderse a los signos por los que se encuentran constituidas, tal y como indica el

artículo 4.2 de la Ley de Marcas. En este aspecto, encontramos que las marcas pueden ser simplemente denominativas –están conformadas por una o por varias palabras–; gráficas o emblemáticas –consistentes en dibujos o imágenes, debiéndose recalcar que, tras la última modificación de la Ley de Marcas se permite que el símbolo o el signo puede estar representado por cualquier medio); auditivas (lo que implica una simple señal acústica –por ejemplo, la de un programa radiofónico–); tridimensionales (por ejemplo, modelos en tres dimensiones, como los envases –de hecho, el lector podrá observar en el supermercado que, cada empresa, utiliza un formato de envase distinto para, por ejemplo, el agua o la leche–); o, finalmente, mixtas, cuando combinan varios de estos elementos.

Otra clase distinta obedece a quién ostenta la titularidad de la misma. Así, encontramos marcas que pueden ser, bien individuales, bien de carácter colectivo. Las marcas colectivas diferencian los distintos productos o servicios de los miembros de una asociación concreta de empresarios, que es a la postre la titular de la marca, de los productos o servicios de quienes integran otras asociaciones. Además, la asociación es la encargada de establecer cuáles serán las condiciones de uso de la marca.

También existen las marcas denominadas de garantía o de certificación. En este caso, la función de la marca consiste en, precisamente, esta la garantía o la certificación de que, en los productos o servicios ofertados por la marca, se reúnen unos requisitos, comunes para todos, en lo relativo a su calidad, componentes u otras características concretas que se encontrarán determinadas en su Reglamento de Uso. Todo ello, permitirá diferenciar estos productos o servicios de los que no posean esta certificación.

En este último sentido, se cumple una función de marca distinta a las anteriores, pues no está ofreciéndose información del origen empresarial de los productos o servicios ofertados, sino que está dándose esta información respecto a la calidad de estos productos o servicios.

Además, como se referenciaba con anterioridad, debe distinguirse cuál es el ámbito de protección de la marca, destacándose si es nacional, comunitario o de carácter internacional.

La primera cuestión, respecto a este ámbito territorial, a la que debe aludirse es a la desaparición de la diferenciación, que terminaba resultando difusa, entre marcas notorias y renombradas. Actualmente, se ha simplificado la cuestión, integrándolas todas dentro del concepto de marcas renombradas.

Así, antes de la modificación, mediante la unificación de ambas categorías, producida en el año 2019, encontrábamos características diferenciadoras entre una y otra. En este aspecto, se entendía que la marca notoria era la conocida por el sector pertinente del público al que se destinaban sus productos o servicios. Esto podía deberse a distintos motivos, como su volumen de ventas, la duración en el mercado de la marca, la valoración o el prestigio de la misma, su intensidad o incluso su alcance geográfico.

En cambio, las marcas renombradas eran las conocidas por todo el público, independientemente de encontrarse interesados en esa parte del mercado o no.

Es decir, que si un experto, o seguidor del mercado concreto, era capaz de reconocer sin mayores problemas la marca, nos encontrábamos frente a una marca notoria, pues el resto del público no reconocería la compañía en cuestión. En cambio, si cualquier consumidor fuera capaz de reconocer la marca, independientemente de estar interesado en el sector concreto, estaríamos refiriéndonos a una marca renombrada. Por ejemplo, en el sector de la telefonía, una compañía como Apple sería considerada renombrada, pues todo el mundo la conoce; sin embargo, una con menor penetración en el mercado o antigüedad en el mismo, como Honor, simplemente se habría entendido como notoria.

Sucedería lo mismo en el resto de los mercados; en el automovilístico, por ejemplo, una compañía como SsangYong sería conocida sólo por aficionados al motor y trabajadores del sector –siendo, según el criterio vigente hasta 2019, una marca notoria– y, sin embargo, Ferrari, conocida por todo el mundo, sería renombrada.

En ambos casos, se tutelaban los derechos sin consideración al principio de especialidad. Se protegía estas marcas, incluso aunque la posterior operase en sectores del mercado donde no se ofrecieran los productos de la marca

notoria o la renombrada, siempre y cuando se produjeran algunas de las condiciones previstas en la normativa.

Estas condiciones implicaban que el uso de la marca posterior pudiera indicar una conexión entre los productos o servicios protegidos por la norma, y el titular de los signos ya fueran notorios o renombrados o, en general, que con dicha utilización, llevada a cabo sin justa causa, fuera intención de quien lo emplea en segundo lugar la obtención de alguna ventaja desleal, con carácter distintivo o del renombre de la marca anterior, o este uso resultase perjudicial para este carácter distintivo o renombre.

No obstante, existen marcas con el mismo nombre que operan en idénticos ámbitos geográficos, pero que, al no hacerse ningún tipo de competencia, ni buscar aprovecharse de la imagen o reputación ajenas, pueden convivir sin ningún tipo de problema. El ejemplo paradigmático es Lotus. En función del tipo de consumidor frente al que nos encontremos, habrá pensado en relojes, en automóviles o en productos alimenticios. Efectivamente, todos estarían en lo correcto, pues son tres compañías distintas que comercializan en España sus productos, pero, al pertenecer a ámbitos tan distintos y no pretender aprovecharse de la imagen de sus homónimas, no se produce problema legal alguno.

Produciéndose algún incumplimiento como los señalados anteriormente, el titular de estos signos podía oponerse al registro, instar la nulidad del mismo y, además, ejercitar las acciones de infracción de marcas respecto a signos posteriores, ya fueran idénticos o semejantes, incluso aunque no existiera similitud entre los productos y servicios ofrecidos por una y otra.

En esencia, la diferencia entre ambas radicaba en que la protección conferida a las marcas notorias dependía de su grado de notoriedad –conocimiento de la misma–, de modo que alcanzaba a los productos, actividad o servicios de naturaleza más o menos diferente en función de este parámetro. Así, a mayor fama de la marca, mayor protección ofrecía, por lo tanto.

El alcance de la protección ofrecida a las marcas renombradas se extendía a absolutamente cualquier género de productos o servicios. En definitiva, como ocurre en la actualidad en este aspecto.

3. El signo constitutivo de marca

Realmente, el ordenamiento jurídico reconoce –al menos en principio–, un amplio margen de libertad respecto a la composición del signo constitutivo de marca.

Únicamente se requiere que goce de fuerza distintiva y, además, si se trataba de una marca nacional, se exigía –en pasado– que resultase susceptible de representación gráfica –lo que implicaba que debía resultar visiblemente perceptible, y descartaba otras posibilidades, según la redacción anterior del artículo 4.1 de la Ley de Marcas–.

En cambio, la normativa comunitaria ni lo exigía, ni lo exige en la actualidad. Simplemente debe ser apropiado para poder representarse en el Registro de Marcas de la Unión Europea.

No obstante, la normativa española ha debido adecuarse a la europea y, así, con la última reforma de la Ley de Marcas, ya no resulta necesaria la representación gráfica del signo o el símbolo de una marca, sino que puede emplearse cualquier otro medio como, por ejemplo, señales acústicas u hologramas, entre otros. Eso sí, este medio debe cumplir una serie de requisitos. Así, deberá ser una representación clara, precisa, inteligible, objetiva, duradera y fácilmente accesible.

Pero, por supuesto, y de ahí que se indicase al comienzo del epígrafe que se reconoce, en principio, un amplio margen de libertad, esto se encuentra restringido en algunos supuestos concretos. De este modo, el signo no puede incurrir en las distintas prohibiciones que señala la norma, y que pueden dividirse en dos clases distintas: las absolutas –recogen los requisitos que debe cumplir el signo por sí mismo, sin realizar comparación alguna con otros, y tutelando, por tanto, intereses públicos o generales–; y las relativas –exigen la comparación con otros signos, tutelando los intereses de terceros particulares–.

3.1. Prohibiciones absolutas

Las principales prohibiciones absolutas son la ausencia de carácter distintivo, la forma del producto y los signos engañosos, pero encontramos alguna más en la normativa. No debe olvidarse que las prohibiciones absolutas son aquellas que afectan al signo por sí mismo, sin comparación alguna con los de la competencia.

La ausencia de carácter distintivo se pone en perspectiva en relación con los productos y servicios a los que se pretenda aplicar la marca, en lo concerniente a la percepción que tendrá el consumidor medio del sector concreto en el que se ofrezcan los productos o servicios. Incurrirán en dicha prohibición los signos descriptivos, así como los compuestos por indicaciones que resulten habituales para la designación de los productos o de los servicios.

En lo concerniente a la forma del producto, se refiere a la necesidad de una existencia propia por parte de la marca, que sea distinta a la del producto o servicio concreto. Esto afecta especialmente a las marcas tridimensionales. Tal y como indica el artículo 5.1.e) de la Ley de Marcas, incurrirán en esta prohibición los signos constituidos únicamente por formas de la naturaleza del propio producto, que resulten necesarias para la obtención de un resultado de carácter técnico.

Por su parte, y siguiendo la redacción del artículo 5.1.g) de la Ley de Marcas, entendemos como signos engañosos aquellos que pueden inducir al público a error respecto a algunas características del producto como, por ejemplo, la naturaleza del mismo, su calidad o la procedencia geográfica.

Además, existen otras prohibiciones absolutas, como aquellas que afectan a los signos que no reúnen los requisitos generales relativos a la composición de una marca, o los que resultan contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres.

3.2. *Prohibiciones relativas*

Las prohibiciones relativas se producen en la comparación entre el signo de marca y los de otras compañías. Así, se busca la protección de los intereses de terceros particulares.

Por lo tanto, no resulta posible el registro como marca de signos que implican un riesgo de confusión con derechos anteriores, adquiridos por terceros sobre ese signo, o sobre uno semejante –para evitar posibles confusiones–, así como sobre derechos reconocidos a su titular.

Tanto la Ley de Marcas como el Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea especifican de manera concreta cuáles son esos derechos y cuándo deben considerarse anteriores. Además, también analizan en qué consiste el referido riesgo de confusión que se protege.

Entre los distintos derechos reconocidos se encuentran las marcas, así como los signos utilizados en el tráfico económico de un alcance que no resulta únicamente local –como puede ser el nombre comercial, existiendo por ejemplo varios comercios con el mismo nombre, uno en cada localidad, sin que suponga problemas legales–.

Igualmente, se reconocen derechos a las marcas respecto a las denominaciones o razones sociales de una persona jurídica, el nombre civil o la imagen que permitan la identificación a una persona distinta del solicitante de la marca y el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que, para el conjunto del público, identifique a una persona distinta del solicitante³¹.

El carácter anterior de los derechos, que supondrá por tanto la primacía en los mismos y permitirá impedir el uso del registrado –o que se intente registrar– con posterioridad, viene atribuido por la prioridad en la solicitud del registro. De este modo, se entenderán como signos anteriores aquellos cuya fecha de presentación de la solicitud correspondiente sea anterior, siempre y cuando finalmente resulte registrada, y no se quede en un mero inicio de trámite –pues el simple inicio, sin su culminación, de nada protege–. Esta

³¹ Por ejemplo, sólo el futbolista Cristiano Ronaldo tiene la potestad para solicitar la inscripción de la marca “CR7”, pues puede entenderse como un seudónimo o, cuanto menos, un rasgo identificativo del mismo.

cuestión viene referida en los artículos 6 y 7 de la Ley de Marcas, así como en su Disposición Transitoria 3^a.

En lo referido al riesgo de confusión, se entiende que debe existir obligatoriamente para poder apreciarse la existencia de prohibiciones relativas en lo concerniente a marcas, nombres comerciales o cualquier razón o denominación social que tenga carácter anterior pues, de lo contrario, no existirá motivo alguno para la protección.

Finalmente, respecto al nacimiento del derecho sobre la marca, la Ley de Marcas recoge un sistema que puede entenderse como mixto, pues combina el principio de inscripción registral con el de la notoriedad de la marca.

El derecho sobre la marca se adquiere, no lo olvidemos, por el registro válidamente efectuado, tal y como indica el artículo 2 de la Ley de Marcas. No obstante, el titular de una marca no registrada, pero que sea notoria, goza de la gran mayoría de las facultades que confiere el derecho de marca³² – pueden verse, al respecto, los artículos 6.2.d) y 34.5 de la Ley de Marcas, y el artículo 8.2.c) del Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea.

4. Contenido del derecho de marca

En lo concerniente al contenido del derecho de marca, se aprecia una doble dimensión en el mismo, pudiendo ser positiva o negativa, como indican los artículos 34.1 de la Ley de Marcas, y 9 del Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea.

La dimensión positiva implica que el derecho de marca confiere a su titular el derecho de utilización en exclusiva en el tráfico económico, para todos aquellos productos o servicios para los que ha sido otorgado.

En cuanto a la dimensión negativa, encontramos la existencia de cuestiones más amplias. En primer lugar, el principio de especialidad permite que el titular de la marca pueda oponerse al empleo en el mercado, por parte de

³² En la actualidad, el hecho de encontrarnos con una marca notoria que no se encuentre convenientemente registrada es más un ejemplo de “laboratorio” que algo que realmente se produzca en la práctica.

terceros, de cualquier marca que resulte susceptible de inducir a confusión con la suya, en lo relativo a productos o servicios similares a los que se aplique la primera.

Igualmente, esta dimensión negativa también le permite impedir la utilización del signo confundible, ya sea como nombre comercial o como denominación social, cuando concurra la circunstancia anterior.

Cuando existe riesgo de confusión, el titular de la marca podrá prohibir, especialmente, poner el signo en los productos o en el embalaje de los mismos, el ofrecimiento de los productos, su comercialización o su almacenamiento con estos fines, o el ofrecimiento o prestación de servicios utilizando este signo, entre otras actuaciones.

Además, la dimensión negativa implica que, en Derecho interno, exista también la prohibición del uso del signo en redes de comunicación telemáticas, tanto de su nombre, como del dominio. Existe, en referencia a la cuestión del dominio, una interesante Sentencia 185/2019, de 22 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, en la que se entiende como abusivo el registro de un nombre de dominio con la única intención de posterior venta al titular de una marca con el mismo nombre.

4.1. Limitaciones objetivas al derecho de marca.

Existen algunas actuaciones que no pueden prohibirse a terceros, incluso aunque se ostente el derecho a la utilización exclusiva de la marca, tal y como reflejan los artículos 35 y 37 de la Ley de Marcas, y 10 y 12 del Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea.

Así, el titular del derecho de marca no podrá impedir la reproducción de dicha marca en diccionarios u otras obras similares. No obstante, en estas publicaciones, el titular tendrá la potestad de exigir que el nombre de la marca vaya acompañado de la indicación acreditativa de tratarse de una marca registrada –la habitual “R” dentro de un círculo, que se pone tras el nombre de la marca, en la parte superior; también pueden aparecer las siglas “TR”, si se usa el inglés–.

Puede ocurrir que el empleo por el tercero resulte conforme a las prácticas leales en materia comercial o industrial. En tal caso, no se podrá impedir la utilización del nombre, signo o indicaciones. Se trata, por ejemplo, de los fabricantes de accesorios o piezas de recambio, que podrán incluir esta información, respecto de los productos para los que resulten compatibles las piezas.

En lo concerniente al agotamiento del derecho de marca, encontramos su regulación en los artículos 36 de la Ley de Marcas y 13 del Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea.

Se encuentra conectado con el propio derecho subjetivo de marca, lo que implica que su titular dispone de la facultad exclusiva de introducir en el mercado los productos cualesquiera distinguidos por la marca. Permite, además, fijar el precio de venta, aunque no ostentar el monopolio respecto a la distribución de los mismos –pues, si esto resultase posible, dejaría de ser esta marca un signo indicador del origen del producto y su calidad, para pasar a tratarse de un mecanismo al servicio de prácticas restrictivas de la competencia–. Por lo tanto, no podrá oponerse a la comercialización por un licenciataria, algo aplicable en toda la Unión Europea. No obstante, la mera existencia de un licenciataria implica una licencia, que habrá conferido el fabricante, mediante negociación con la contraparte.

Otra limitación objetiva al derecho de marca son las cargas existentes, que podemos diferenciar en dos grupos; la carga de uso y la solicitud de renovación.

La primera implica que la marca debe ser objeto de uso efectivo y real, tal y como reflejan los artículos 39 de la Ley de Marcas y 15 del Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea.

Entenderemos como uso el empleo de una marca en una forma que difiera únicamente en aquellos aspectos o elementos que no alteren su carácter distintivo en la forma bajo la que se encuentre registrada, tal y como indica el artículo 39.2.b) de la Ley de Marcas.

Este uso efectivo y real no deja de ser una noción de carácter abstracto, que requerirá de una serie de condiciones. Así, la marca debe utilizarse externa y públicamente, en el sector del mercado en el cual se inserten sus productos o servicios diferenciados por ella de manera continuada. Igualmente, resultará relevante su uso publicitario, entendiéndose además la marca usada por su titular cuando sea un tercero, con el consentimiento del titular, quien la emplee. A este respecto se refieren los artículos 39.3 de la Ley de Marcas y 15.2 del Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea.

El incumplimiento de esta carga de uso de la marca durante cinco años, de manera consecutiva, implicará que el titular de la misma no podrá ejercer su derecho exclusivo respecto a un tercero –artículos 41.2 de la Ley de Marcas y 54 del Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea–.

Además, tampoco existe la posibilidad de declaración de nulidad de una marca respecto a otra anterior, si no está siendo usada, tal y como recogen los artículos 52.2 de la Ley de Marcas y 54 del Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea–. Igualmente, la no utilización de la marca constituirá causa de caducidad del registro.

En lo concerniente a la solicitud de renovación, debe indicarse que el registro de la marca se otorga por un período temporal de diez años, que se cuentan desde la fecha de depósito de la solicitud. Transcurrido este tiempo, puede renovarse de manera indefinida, por períodos de diez años, siempre y cuando el titular de la marca lo solicite y pague la tasa correspondiente.

La renovación de la marca debe solicitarse antes de la fecha de expiración de la misma, tal y como señalan los artículos 31 y 32 de la Ley de Marcas, y 46 y 47 del Reglamento sobre Marcas de la Unión Europea.

4.2. Tribunales competentes

Las acciones por violación del derecho de marca se encuentran recogidos, en la norma nacional, en los artículos 40 a 45 de la Ley de Marcas.

Además, los tribunales, denominados tribunales de marca comunitaria, se encuentran ubicados en Alicante, y asumen competencia exclusiva para conocer de acciones acumuladas concernientes a marcas de la Unión Europea, así como nacionales o internacionales idénticas o similares.

Resultan, estos mismos tribunales, los designados por nuestro país para conocer de los litigios en materia de marcas de la Unión Europea. De manera particular, gozan de competencia de carácter exclusivo para dilucidar cualquier acción por violación del derecho de marca; las demandas de reconvencción por caducidad o nulidad, y las demandas contra el uso de una marca posterior que viole los derechos anteriores.

14. CREACIONES INDUSTRIALES

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Diseño industrial

1. Introducción

Entendemos las creaciones industriales (o creaciones técnicas) como un tipo particular de creaciones de carácter intelectual y suponen, por lo tanto, un conjunto de bienes inmateriales.

La característica común de todas estas creaciones es que se encuentran destinadas a la resolución de un problema técnico, con la intención de la satisfacción de una o alguna de las necesidades de la comunidad. Esta resolución tiene lugar mediante su aplicación industrial o comercial.

No debe entenderse, con la alusión a la comunidad, que se busque la resolución de un problema genérico que afecte a toda la población. Si bien es cierto que en alguna ocasión esto puede ser así, resulta suficiente con encontrar una solución a un problema que afecte a una pequeña parte de la sociedad, incluso a un número muy reducido de personas.

La búsqueda de la resolución de algún problema nos permite diferenciar a estas creaciones industriales de los descubrimientos científicos. Estos últimos no requieren obligatoriamente esta aplicación industrial directa.

Las principales modalidades de creaciones técnicas son tres: diseños industriales, modelos de utilidad y patentes.

El diseño industrial es una figura jurídica cuyo objetivo es la protección de las invenciones estéticas. El titular del diseño industrial puede, durante un período temporal de veinticinco años –que podrá posteriormente renovar–, utilizar en exclusiva este diseño concreto, resultando protegido el diseño en su conjunto o una parte de la apariencia del objeto.

La protección completa no puede existir en muchas ocasiones pues, por ejemplo, en los automóviles se entiende que siempre habrá elementos comunes que se parecerán o resultarán prácticamente idénticos –aunque sea a la vista de los consumidores–. Esta protección conferida, además, dependerá de cada país o zona geográfica, pues la normativa no es igual en todos los ámbitos. En este aspecto, por ejemplo, no resulta igual la protección que tienen los diseños de los productos en Europa o Estados Unidos que, por ejemplo, en China (Tenas Alós, 2021).

Por su parte, la definición de qué es un modelo de utilidad la ofrece directamente la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Dicha institución indica que se trata de un derecho exclusivo concedido a cualquier invención, permitiendo al titular que prohíba su utilización a terceros. Implica una aproximación, siguiendo estos parámetros, a un diseño industrial y una patente, pero deben establecer algunos matices.

Los matices radican en que no resulta precisa una invención total, una novedad completa, cuestión requerida, por ejemplo, en las patentes. Además, no estamos realmente protegiendo un diseño, como ocurre en el diseño industrial, sino una funcionalidad, una utilización.

En esencia, en un modelo de utilidad partimos de algo ya existente, realizándole alguna modificación concreta con un objetivo no estético, sino útil, dotándolo de una nueva funcionalidad o de la posibilidad de realizar la función original, pero de manera más eficiente o, cuanto menos, distinta.

En lo relativo a las patentes, se tratan de un derecho exclusivo concedido a una invención, cuya duración máxima suele ser de veinte años. Para entender que se ha producido una invención –lo veremos más en profundidad en las siguientes páginas– debemos encontrarnos ante un producto o un procedimiento que aporte una nueva manera de realizar algo, o una solución técnica novedosa a un problema existente. Además, para permitir su patente, se deben cumplir una serie de requisitos que son más estrictos que en los supuestos anteriores.

2. Diseño industrial

Por producto debe entenderse, siguiendo el artículo 1 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, a todo artículo industrial o artesanal, incluidas las piezas que se encuentren destinadas a su montaje en un producto complejo, el embalaje, la presentación, los símbolos y caracteres tipográficos –excepto los existentes en los programas informáticos–.

Como producto complejo debe entenderse el que se encuentra conformado por múltiples componentes reemplazables que permiten tanto montar como desmontar el producto.

Para la obtención de la protección de la figura del diseño industrial, sobre un modelo o un dibujo industrial, deberá solicitarse el registro de la misma a la Oficina Española de Patentes y Marcas y, dentro de ella, la dependencia responsable será el Registro de Diseños, tal y como consta en el artículo 3 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

Para poder ser registrado, este diseño industrial deberá cumplir dos premisas fundamentales, tal y como indican los artículos 5 a 7 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial: deberá ser nuevo y tener carácter singular.

Se entenderá como nuevo el diseño cuando no exista ningún otro idéntico que resulte accesible al público con anterioridad a la solicitud del registro, o si se reivindica prioridad en el mismo. Además, tendrán la consideración de diseños idénticos aquellos que únicamente se diferencien en detalles considerados irrelevantes³³.

La singularidad del diseño viene entendida como la impresión causada en el usuario. Así, se entiende que un diseño tiene carácter singular cuando la impresión que dicho diseño genere sea distinta a la ofrecida por cualquier otro diseño que ya sea accesible por el público³⁴, antes de la fecha de solicitud de

³³ El problema, en ocasiones, estriba en la identificación de cuándo nos encontramos frente a un detalle irrelevante. La Real Academia de la Lengua española define irrelevante como “*que carece de relevancia o importancia*”. En términos jurídicos, nos encontramos ante una apreciación de carácter subjetivo, porque no puede establecer una línea definitoria clara de dónde se encuentra la frontera entre una u otra consideración.

³⁴ Nuevamente, puede apreciarse un cariz subjetivo en la definición.

registro –excepción hecha de la prueba que demuestra que han sido accesibles estos conocimientos en los círculos especializados del sector concreto al que sea encaminado el diseño–.

Además, respecto a esta consideración también deberá ponderarse el grado de libertad del que disponga el autor del diseño industrial para su desarrollo.

En lo concerniente a las piezas o los componentes que resultan necesarios para los productos complejos, se permite realizar el registro como diseño si el componente, una vez ha sido incorporado al producto, continúa siendo visible durante la utilización de dicho producto.

La Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial permite el registro de componentes. No obstante, indica que, durante un determinado período temporal, estos diseños no pueden ser utilizados para impedir que se utilicen con fines de reparación de diseños, o productos complejos de los que dependa el diseño que se encuentra protegido.

2.1. La normativa sobre el diseño industrial

La normativa respecto al diseño industrial puede dividirse en tres ámbitos, como son el nacional, el comunitario y el internacional.

Respecto a la normativa nacional, debe destacarse la ya referida Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Además, hay que reseñar el Real Decreto 1937/2004, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

En lo relativo a la normativa comunitaria, encontramos el Reglamento (CE) nº 6/2002, de dibujos y modelos comunitarios. Además, el Reglamento (CE) nº 2245/2002, de ejecución del Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios, y el Reglamento (CE) nº 2246/2002, de ejecución del Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios. Puede destacarse,

finalmente, la Directiva 98/71/CE, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos.

Finalmente, en el ámbito internacional, debe aludirse al Arreglo de La Haya, relativo al registro internacional de Dibujos y Modelos Industriales –al que se después se ha añadido el Acta de Londres, de 1934, el Acta Adicional de Mónaco, de 1961, y el Acta de Ginebra, de 1999–, y el Arreglo de Locarno, de 1968, que establece una clasificación para los Dibujos y Modelos Industriales.

2.2. El registro del diseño industrial

El artículo 20 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial indica que, para la realización del diseño industrial, debe acudir a la Oficina Española de Patentes y Marcas, o ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma que corresponda.

La norma permite, además, que las solicitudes sean múltiples. El objetivo de esta posibilidad radica en facilitar el registro en aquellos sectores en los que se utilicen muchos diseños. En tal sentido, debe indicarse que el máximo que se pueden presentar, en una única solicitud, es de cincuenta diseños.

Una vez realizada la solicitud, se examinará en primer lugar la forma de la misma, por el órgano que la reciba. Tras esta primera revisión, se enviará a la Oficina Española de Patentes y Marcas, para que realice un examen, que servirá para la determinación de si el objeto de la solicitud encaja o no en la definición recogida en la norma respecto a qué se entiende por diseño industrial. Igualmente, se controlará que no sea contrario ni a la ley, ni a las buenas costumbres ni al orden público.

Examinado y comprobado que no incurre en irregularidad alguna, el diseño industrial se registrará en el Registro de Diseños, siendo publicado en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial, editado diariamente por la propia Oficina Española de Patentes y Marcas.

Durante un período de dos meses tras su publicación, según indica el artículo 33 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, cualquier persona podrá oponerse al registro del diseño industrial, bien porque le afecte, o porque incumpla algún requisito en la ley.

En caso de presentación de oposiciones, serán trasladadas al solicitante del registro, para que pueda defenderse de las mismas, estableciendo las alegaciones que considere oportunas. Finalmente, la Oficina Española de Patentes y Marcas estimará o desestimará estas oposiciones.

Si estima las oposiciones, se producirá la cancelación del registro del diseño, según lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

El artículo 39 de este mismo cuerpo legal permite la posibilidad del restablecimiento de los derechos. Esto se encuentra recogido así para que el solicitante no se vea afectado por no haber respetado alguno de los plazos legales establecidos para el registro. No obstante, para poder gozar de este derecho deberá satisfacer el pago de una tasa determinada.

También existe en la normativa la posibilidad de sometimiento a arbitraje de los litigios surgidos durante el procedimiento de oposición.

2.3. Prohibiciones para el registro del diseño industrial

Las prohibiciones para el registro del diseño se encuentran enumeradas en el artículo 13 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Así, este artículo indica que no se podrá registrar si:

- Lo solicitado no se ajusta a lo recogido en la propia norma.
- El diseño no cumple los requisitos recogidos en los artículos 5 a 12 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial.
 - o En este aspecto, el artículo 5 de la norma indica que pueden registrarse aquellos diseños que sean nuevos y posean carácter singular. El artículo 6 nos ofrece la definición de qué debemos

entender como un diseño nuevo y, por su parte, el siguiente artículo indica cuándo se produce el carácter singular.

- El artículo 8 se refiere a los diseños que incluyen componentes de productos complejos, y el 9 indica lo que se considerará como accesible al público.
 - El artículo 10 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial indica lo que se consideran divulgaciones de carácter inocuo –es decir, las que, aunque se realicen, no suponen la realización de una divulgación del diseño, y por tanto no implican la imposibilidad de su registro–.
 - Por su parte, el artículo 11 se refiere a los diseños que se encuentran impuestos por su función técnica, así como los diseños de interconexiones. El artículo 12 se refiere a las prohibiciones de registro, indicando en ese aspecto los contrarios al orden público y a las buenas costumbres.
- Si el solicitante no tiene, por el motivo que sea, derecho a la obtención del pertinente registro.
 - En caso de que el diseño que se pretende registrar resulte incompatible con otro protegido con anterioridad.
 - Si el diseño implica un uso indebido de los elementos recogidos en el artículo 6 ter del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, o de elementos de interés público.
 - Tampoco podrá registrarse el diseño en caso de que el mismo incorpore alguna marca u otro signo que se encuentre protegido con anterioridad en España, cuyo titular tenga derecho a impedir el empleo del signo en el diseño que se pretende registrar.
 - No podrá registrarse si el diseño implica un uso no autorizado de alguna obra protegida en España por un derecho de propiedad industrial.

2.4. Protección del diseño industrial

Una vez se ha procedido al registro del diseño industrial, este derecho de protección del mismo se concede por períodos de cinco años, contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Puede renovarse por períodos sucesivos,

con un máximo de veinticinco años. Así consta en los artículos 43 y 44 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

Obtenido este derecho, el titular del mismo podrá utilizar el diseño de manera exclusiva, así como impedir que terceros lo utilicen sin su autorización previa. Se entenderá como utilización del diseño industrial tanto la fabricación, el ofrecimiento, la comercialización, importación o exportación, o el uso en un producto con dicho diseño. También existirá la posibilidad de impedir el almacenamiento de este producto para cualquiera de los fines indicados.

Desde el momento de entrada de la solicitud en la Oficina Española de Patentes y Marcas, el solicitante se encuentra protegido –inicialmente de manera provisional, hasta la obtención del registro definitivo– frente a quien le sea notificada dicha solicitud.

Para la defensa de los derechos, al titular del diseño industrial le son concedidas varias acciones, tanto civiles como penales.

2.5. Nulidad del diseño industrial

Como resulta sabido, nulidad y caducidad operan en dos planos distintos. La primera alude a la pérdida de los derechos obtenidos, por haber logrado los mismos de una manera irregular. La segunda, por su parte, implica que, aunque los derechos se obtuvieron de manera correcta, ha pasado el tiempo de protección conferido, lo que puede ocurrir por varios motivos –la mera finalización del período temporal máximo, por ejemplo–.

Así, el registro de un diseño puede devenir nulo en caso de determinarlo así un tribunal. Para ello, deberá incurrir en alguna de las causas de nulidad que se encuentran contempladas en el artículo 65 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Este artículo alude en su redacción al 13 del mismo cuerpo legal, por recoger las causas de denegación del registro que son, en esencia, las que con posterioridad permitirán entender que se produce la nulidad de dicho registro.

Igualmente, este artículo 65 indica que puede ejercitarse esta acción de nulidad cuando se encuentre vigente el registro, que resultará lo más habitual –por ser además lo más coherente con la solicitud pues, si se reclama, es porque existe algún tipo de interés, que será habitualmente de carácter económico–, o durante los cinco años posteriores a la caducidad o extinción del registro.

La nulidad del registro puede solicitarla cualquier persona, según consta en el artículo 66 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Igualmente, la podrá también solicitar cualquier agrupación o representación de los fabricantes, de los comerciantes o de los consumidores, siempre y cuando se encuentren afectados por el derecho de diseño industrial.

Además, la nulidad también puede solicitarse por un derecho anterior que se encuentre perjudicado por este registro, siendo en tal caso la acción de nulidad correspondiente al titular de dicho derecho perjudicado.

La acción de nulidad, además, deberá ser dirigida con el titular registral del diseño cuando se interponga la demanda, debiendo notificarse a todos los titulares de derechos inscritos sobre el diseño. Esta cuestión, recogida en el artículo 66.2 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, alude a la posibilidad de existencia de más de un titular sobre el registro del diseño.

Efectivamente, la propia norma, en su artículo 14, establece quién será considerado como titular del derecho al registro. En este aspecto, no hay problema alguno cuando es una persona quien ejerce, libremente, el desarrollo de este diseño. Así, el derecho al registro del diseño pertenecerá al autor, o a su causahabiente.

Puede ocurrir, no obstante, que el diseño sea realizado en conjunto por varias personas. En tal caso, el diseño pertenecerá a todas ellas, en la proporción que determinen –resulta válido, por tanto, el acuerdo entre las partes–. En caso de inexistencia de pacto al respecto, se aplican las normas recogidas en el Código Civil para la comunidad de bienes –aunque, como destaca el propio artículo 14 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, se

aplicarán las normas del Código Civil sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 58³⁵ de la norma específica del diseño industrial—.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial se refiere a los supuestos en que el diseño es creado dentro de una relación de empleo o de servicio. En este caso, si se ha desarrollado este diseño en la simple ejecución de sus funciones, o mediante el seguimiento de las instrucciones del empresario o del empleador —o, directamente, como encargo por sus funciones laborales—, el derecho de registro del diseño corresponde al empresario, o a la parte que haya encargado la realización de tal diseño, siempre y cuando no contravenga lo recogido por las partes en el contrato³⁶.

Volviendo a la caducidad del diseño industrial, en caso de determinarse la misma, se considerará que el diseño nunca resultó válido. Se considerará, tal y como indica el artículo 68 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, que ni el registro, ni la solicitud que lo implicó, nunca han surtido los efectos de la protección jurídica del diseño industrial.

No obstante, el efecto retroactivo de dicha nulidad no afectará a los contratos realizados antes de la propia determinación de esta nulidad —excepto actuación de mala fe por parte del titular del diseño registrado—. Pero, en caso de inexistencia de la misma, el efecto retroactivo de dicha decisión de nulidad no afectará a algunos supuestos —como indica el artículo 68.2 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, tales como:

- Resoluciones respecto violación del diseño registrado, cuando estas han adquirido fuerza de cosa juzgada y si han sido ejecutadas antes de la declaración de nulidad.
- Contratos concluidos con anterioridad a la declaración de la nulidad, en la medida en que resulten ejecutados antes de esta declaración de

³⁵ El artículo 58 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial alude a los casos de cotitularidad en el registro de un diseño industrial.

³⁶ Lo habitual, no obstante, es que al referirnos al desarrollo de un diseño que se ha producido en relación de empleo o servicio, el contratante sea quien disponga de todos los derechos al respecto. En estos casos, se entiende que la obligación del contratante es la de pagar al empleado, y la del último la de desarrollar la tarea que le ha sido encomendada, que no será otra, en la mayoría de las ocasiones, que precisamente la realización de algún tipo de diseño.

nulidad. Eso sí, el artículo refleja que, en virtud de razones de equidad, resultará posible la reclamación de la devolución de las cantidades económicas pagadas por la contraparte en virtud del contrato, con la finalidad de no perjudicar a tercero.

Además, debe distinguirse entre nulidad total, que es la recogida en el artículo 68 de la normativa, y la parcial, recogida en el artículo 67 del mismo cuerpo legal.

En lo concerniente a esta nulidad parcial, la posibilidad se refiere a alguna de las causas previstas en el artículo 13 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Concretamente, las recogidas en los párrafos b) – que se refiere al supuesto de que el diseño no cumpla los requisitos de protección recogidos en los artículos 5 a 12 de la norma–; e) –uso indebido de algunos de los elementos mencionados en el artículo 6 ter del Convenio de París–; f) –incorporación en el diseño de una marca o signo previamente protegido– y g) –uso no autorizado de obra protegida en nuestro país por un derecho de propiedad intelectual–.

Además, deberá afectar sólo a una parte del diseño, pudiendo por tanto modificarse, siempre y cuando esta modificación no implique una alteración sustancial en la identidad del diseño. Igualmente, dicho diseño, tras la pertinente modificación, deberá cumplir con todos los requisitos de protección recogidos en la norma.

2.6. Caducidad y renuncia del diseño industrial

Entendemos como caducidad la expiración de la protección jurídica del diseño industrial. Esto puede ocurrir por diversas cuestiones. La caducidad supone, además, la cancelación.

La caducidad viene recogida en el artículo 71 y siguientes de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial. En este aspecto, el propio artículo 71 recoge los motivos por los que se produce. Así, indica que un motivo de caducidad deviene cuando no se renueva el derecho al finalizar alguno de los períodos de cinco años que se encuentran recogidos en el artículo 43 de la

propia norma –al margen del período máximo, establecido en veinticinco años, puede por tanto terminarse antes por este motivo–.

Igualmente, también caduca por decisión del titular, cuando este renuncia al derecho. Se trataría, lógicamente, de una renuncia expresa, pues la tácita podría traducirse como el simple paso del tiempo y la no renovación correspondiente; es decir, el supuesto anterior.

Respecto a esta renuncia, como señala el artículo 74 de la Ley de Protección Jurídica de la Propiedad Industrial, deberá remitirse a la Oficina Española de Patentes y Marcas por escrito, surtiendo efectos frente a terceros cuando se encuentra inscrita en el registro de diseños. Además, no resultará admisible la renuncia del titular del diseño que se encuentre registrado, si sobre el mismo existen derechos reales, opciones de compra, embargos o licencias que se encuentran inscritas en el Registro de Diseños, pues se perjudicaría a tercero.

De hecho, existe una excepción a este último supuesto, y es que, tal y como indica el artículo 74.2, en su parte final, es posible renunciar en dichas situaciones, si existe consentimiento expreso por parte de los titulares de los correspondientes derechos.

Añade, finalmente, este mismo artículo, otro supuesto de imposibilidad de renuncia: en caso de existir en curso una acción reivindicatoria sobre el diseño. En este caso, resulta posible la renuncia, únicamente, si existe consentimiento del demandante.

Debe reseñarse, por tanto, que en todos los supuestos en que existen terceros interesados, resulta necesario el consentimiento de los mismos. De lo contrario, se estaría perjudicando su derecho.

En los dos casos de renuncia referidos, la nulidad debe ser declarada por la Oficina Española de Patentes y Marcas. En cambio, en el último que resta por aludir, el responsable de la declaración de nulidad será el tribunal competente.

Este último supuesto se produce cuando el titular del derecho deja de cumplir las condiciones de legitimación que se encuentran recogidas en el artículo 4 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

La caducidad, por tanto, puede producirse por la renuncia expresa del titular del derecho, pero también por finalizar el plazo para el cual fue concedida. Esto abre la posibilidad a dos supuestos distintos; que se apure al máximo la duración posible, o que no se renueve la solicitud.

En el primero de los dos casos, nada tiene que ver con la posibilidad de elección del titular, pues la normativa establece un tiempo máximo de vigencia del derecho. Así, si después del período inicial de cinco años, se ha ido renovando sucesivamente, hasta alcanzar el total de veinticinco, no existe posibilidad alguna de volver a solicitar la renovación.

En cambio, también puede resultar posible la renovación por un período de cinco años, si todavía no se han alcanzado los veinticinco, y que el titular del derecho de diseño opte por no realizarla. A este supuesto se refiere el artículo 73 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

A pesar de transcurrir el plazo y no renovarse, existen supuestos en los que no se producirá la caducidad por falta de renovación. Estos casos son la existencia de algún tipo de embargo sobre el diseño registrado, o una acción reivindicatoria en curso. Una vez solventadas estas cuestiones, si se ha producido un cambio de dueño como consecuencia de las mismas, este dispondrá de un período máximo de dos meses, a contar desde la fecha que obtenga firmeza la sentencia, o desde que se comunique oficialmente el cambio de titularidad del derecho por embargo. Si no se realiza esta renovación, el diseño caducará.

Igualmente, no caduca el registro del diseño cuando su titular no lo renueve, si se encuentra inscrita en el Registro de Diseños una hipoteca mobiliaria sobre el mismo.

Respecto a los efectos de la caducidad se expresa el artículo 72 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Así, indica que el registro

caducado dejará, desde el momento de producción de los hechos u omisiones que implicaron la caducidad, de surtir efectos.

15. PATENTES

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Principales normativas en la materia / 3. Concepto de invención / 4. Requisitos de patentabilidad / 5. Excepciones a la patentabilidad / 6. Derechos del inventor / 7. Las patentes

1. Introducción

Las patentes son creaciones de las denominadas de fondo, pues se basan en este concepto de invención. Por ello, se considera que la patente tiene vital importancia en el progreso tecnológico.

Esta importancia radica en una convicción clara: nadie dedicaría su tiempo, esfuerzo y dinero en la creación de nuevos inventos si dicha creación no pudiera reportarle algún tipo de beneficio económico. En la actualidad, no resulta ya habitual el concepto clásico del inventor como trabajador autónomo o pionero que realiza las investigaciones en su garaje o cobertizo, sino que nos encontramos antes grandes compañías, que invierten cuantiosas cantidades económicas en investigación y desarrollo.

Para fomentar, precisamente, esta investigación y desarrollo, y contribuir a la innovación, se ha creado un sistema que, se entiende, compatibiliza el interés del inventor y el que tiene la comunidad en conocer el invento y poder utilizar este producto. Este sistema es el de patentes.

El sistema de patentes está concebido para la promoción de la investigación y el progreso tecnológico e industrial. Para ello, confiere una serie de derechos, pero también de obligaciones, a los titulares del derecho de patente.

No obstante, las relaciones existentes entre el derecho de patentes y el de libre competencia resultan ambivalentes, pudiendo enfocarse desde distintos puntos de vista. De un lado, la concesión de patente permite la restricción

de la competencia, pues concede a su titular el monopolio de explotación de la misma. Por otro lado, de manera simultánea, se estimula la competencia, pues se entiende que fomenta la introducción de nuevos inventos y el desarrollo de productos, como elemento competitivo.

Por lo tanto, entendemos la patente como un título de naturaleza oficial, que reconoce el derecho a la explotación exclusiva de alguna invención. Reviste carácter formal, resultando identificativo de su objeto –la invención– y, al mismo tiempo, constata los derechos que ostenta su titular respecto y a consecuencia de ella.

La licencia de patente es el título acreditativo respecto a que una persona es el titular de una patente.

2. Principales normativas en la materia

Deben distinguirse tres ámbitos geográficos en el análisis de la principal normativa que afecta a las patentes; el nacional, el comunitario y el internacional.

En el ámbito nacional, debe destacarse la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, que sustituyó a la norma anterior, que databa del año 1986. La actualización de la norma actual tuvo lugar, por última vez, en julio de 2018.

No obstante, a pesar de ser relativamente reciente esta norma, la gran cantidad de los cambios socioeconómicos que se producen en la actualidad vienen recomendando desde hace un tiempo la aprobación de una nueva norma, y no la reforma del texto existente pues resulta necesario, entre otras cuestiones, una mejor adecuación y coordinación de la normativa nacional e internacional, así como la nacional con la comunitaria–.

Esta falta de la necesaria coordinación se nota especialmente, respecto a la internacional, en algunas cuestiones concretas, como el Tratado sobre el derecho de patentes, realizado en Ginebra en el año 2000 y ratificado por España en 2013.

Por su parte, respecto al ámbito comunitario, urgiría la creación de certificados complementarios de protección para los medicamentos y productos fitosanitarios, entre otros.

Volviendo a la normativa actual, en el ámbito comunitario debe destacarse el Convenio sobre concesión de patentes europeas, adoptado en la ciudad alemana de Múnich, el 5 de octubre de 1973. Fue revisado posteriormente, mediante Acta de 27 de diciembre de 2000. Creó, además, la Organización Europea de Patentes.

España se adhirió a este Convenio mediante Instrumento de 10 de julio de 1986, y al Acta, en el año 2007.

En lo relativo a la muy extensa normativa internacional existente en la materia, pueden destacarse:

- Tratado sobre el Derecho de Patentes de Ginebra, de junio de 2000.
- Tratado de Cooperación en Materia de Patentes –vigente desde 1978–.
- Convenio de la Unión de País, de 20 de marzo de 1883. Su contenido se extiende a la mayoría de las modalidades de propiedad industrial.

3. Concepto de invención

La Ley de Patentes delimita cuál es el ámbito de la patentabilidad, recurriendo para ello a la noción de invención, y exigiendo además tres requisitos, que son acumulativos; la novedad, la actividad inventiva y la susceptibilidad de aplicación industrial.

El artículo 4.1 de la Ley de Patentes indica que son patentables, en todos los campos de la tecnología, aquellas invenciones que sean nuevas, que impliquen actividad inventiva y que, además, resulten susceptibles de aplicación industrial.

Además, la normativa precisa que la patentabilidad abarca a todos los campos de la tecnología. Esto último resulta por completo razonable, pues se pretende con este sistema potenciar la competencia entre los rivales en, absolutamente, todos los sectores del mercado.

La invención es una regla que ha sido ideada para permitir la obtención de un resultado con un determinado carácter técnico, que puede tanto referirse al procedimiento como al objeto resultante.

Lo cierto es que la Ley de Patentes no suministra la definición de modo directo, aunque permite inferirla de los distintos supuestos recogidos en la misma, a *sensu contrario*, pues indica lo que no se considera como invención.

En tal sentido, el artículo 4.4.a) de la Ley de Patentes indica que no son invenciones los meros descubrimientos, pues no suministran la regla de la invención, sino que se limitan única y exclusivamente a constatar elementos que ya existen en la naturaleza, sin resultar preciso para su existencia la intervención de ninguna persona.

Del mismo modo, tampoco se considerarán invenciones las obras literarias, artísticas o cualquier otra creación de carácter estético. Igualmente, tampoco lo serán los métodos matemáticos o las teorías científicas, así como los planes, las reglas y los métodos empleados para el ejercicio de actividades de carácter intelectual –incluidos juegos y actividades económico–comerciales–, ni las formas de presentar informaciones. En tal sentido se expresa el artículo 4.4 de la Ley de Patentes, en sus apartados a), b), c) y d).

La existencia de alguna, o de algunas, de las materias o actividades reseñadas con anterioridad únicamente excluye la posibilidad de la patentabilidad en la medida en la cual la solicitud de patente o la propia patente se refiera exclusivamente a ellas, y no cuando se presenten junto con verdaderas invenciones, tal y como establece el artículo 4.5 de la Ley de Patentes.

Además, debe reseñarse que la Ley de Patentes se refiere, de manera específica, a las invenciones biotecnológicas. En este sentido, en su artículo 4.1, señala que la invención puede tener por objeto un producto que se

encuentre compuesto, o que contenga, materia biológica. Del mismo modo, también indica la posibilidad respecto a un procedimiento mediante el cual se produzca, se transforme o se utilice materia biológica.

El artículo 4.2 del mismo cuerpo legal permite que pueda ser objeto de una invención la materia biológica, cuando esta se encuentre aislada de su entorno natural, o producida por medio de algún procedimiento de carácter técnico, incluso cuando ya exista con anterioridad en estado natural.

Por su parte, el artículo 4.3 de la Ley de Patentes indica que el simple y mero hallazgo de algún tipo de materia biológica en estado natural, sin aislarla, no es una invención patentable, sino que se entiende como un mero descubrimiento. Señala el propio artículo qué debe entenderse como materia biológica, aludiendo a la materia que contenga información genética autorreproducible, o reproducible en un sistema biológico.

4. Requisitos de patentabilidad

Como se ha reseñado con anterioridad, son tres los requisitos que exige la Ley de Patentes. Siendo estos la novedad, la actividad inventiva y la susceptibilidad de aplicación industrial.

Nos referiremos, en primer lugar, a la novedad. Se trata de una nota esencial para la existencia de la patente, pues esta sólo se justifica por la existencia de algún tipo de aportación que implique alguna mejor en beneficio general. Igual que ocurría en el tema anterior, debe reseñarse que esta exigencia de beneficio general no debe ser entendida como extensible a absolutamente toda la población, sino que resultará suficiente con que mejore alguna cuestión a cierto número de personas —que puede ser muy reducido—.

La Ley de Patentes exige, respecto a este requisito, novedad absoluta o mundial. Para dilucidar sobre esta cuestión, el baremo establecido para decidir acerca de su existencia que la invención no se encuentre comprendida dentro del estado de la técnica.

Por su parte, entenderemos el estado de la técnica por todo lo que antes de la fecha de presentación de la correspondiente solicitud de patente se ha hecho accesible al público en nuestro país, o en el extranjero, por una descripción oral o escrita, por su utilización, o por cualquier otro medio.

La normativa introdujo, en el año 2015 y de manera expresa, la posibilidad de patentar sustancias o composiciones que ya eran conocidas, pero para su uso como medicamento o nuevas aplicaciones terapéuticas. En este sentido se expresan los artículos 5 y 6.4 de la Ley de Patentes.

El segundo requisito exigible para la patentabilidad es la actividad inventiva. Se entiende que esta sólo existe cuando la invención no resulta del estado de la técnica, de un modo evidente, para un experto en la materia. El sistema se basa en que, si cualquier experto es capaz de alcanzar el resultado concreto, no ha existido realmente una aportación por parte de quien intenta registrar la patente y, por lo tanto, carece de esta posibilidad.

Para decidir respecto a esta actividad inventiva, no deben tenerse en cuenta las solicitudes de patentes o de modelos de utilidad españoles ni europeos, así como tampoco internacionales, que hayan entrado en fase nacional en España, y cuya fecha de presentación resulte anterior a la fecha de solicitud de la patente, tal y como indican los artículos 8 de la Ley de Patentes y 56 del Convenio sobre concesión de patentes europeas.

El tercer y último requisito exigible para la patentabilidad es la aplicación industrial. Se entiende que una invención resulta susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado, o utilizado, en cualquier clase de industria, incluida la agrícola, como indica el artículo 9 de la Ley de Patentes.

La indicación de este artículo respecto a la fabricación o utilización en cualquier clase de industria no debe entenderse como que debe resultar posible de aplicación en todas ellas, sino que será suficiente con que pueda servir a una sola de las industrias existentes en el momento de solicitud de la patente.

Se exige que la invención sea ejecutable de tal manera que un experto normal en la materia a la que se refiere pueda obtener el mismo resultado

previsto, si realiza las mismas operaciones descritas en la patente –la patente debe describir de modo pormenorizado los detalles–.

Esta aplicación industrial, por tanto, no está refiriéndose a la posibilidad de fabricación en gran masa en la industria, sino a la posibilidad de reproducir el resultado obtenido.

Igualmente, debe resultar apta para la obtención de un resultado útil, que sirva para satisfacer una necesidad humana –insistiremos en ello, no tanto para el conjunto de la población, sino que resulta suficiente con resultar útil, en este sentido, para algún grupo o sujeto–.

5. Excepciones a la patentabilidad

Aunque una concreta invención reúna todos los requisitos exigibles para la obtención de la patente, esto no resultará posible si se produce alguna de las excepciones de patentabilidad, recogidas en el artículo 5 de la Ley de Patentes.

En general, la Ley de Patentes excluye de la opción de patentabilidad a aquellas invenciones cuya explotación comercial resulte contraria al orden público o las buenas costumbres.

Eso sí, debe especificarse que no puede automáticamente inserta en tales condicionantes una invención por encontrarse prohibida por disposición legal o reglamentaria. Por ejemplo, conviene destacar la prohibición, en nuestro país, de posesión de armas de fuerza letal, con mayor potencia que revólveres o fusiles. Sin embargo, como se encuentran permitidas en ciertos ámbitos, a pesar de poder considerarse que resultan contrarias al orden público, no se limita la posibilidad de patente de las mismas.

Además, la Ley de Patentes, en su artículo 5, apartados a), b) y c), señala un conjunto de invenciones biotecnológicas que deben protegerse especialmente, por su referencia a materia viva. Por ejemplo, alude a cuestiones como la clonación de seres humanos –tema siempre complejo por las implicaciones que supone y el debate mediático que suscitó hace algunos años– o

la utilización de embriones humanos con fines comerciales o de carácter industrial.

El artículo 5.5 del mismo cuerpo legal, por su parte, excluye la posibilidad de patentabilidad del cuerpo humano –no lo olvidemos, algo plenamente lógico y en consonancia con la norma, pues se ha desarrollado así de manera natural. Igualmente, impide la patentabilidad del mismo en cualquier etapa de desarrollo, así como el descubrimiento de alguno de sus elementos, incluyéndose la secuencia parcial o completa de los genes.

En el mismo sentido, se encuentran igualmente excluidos los métodos de tratamiento quirúrgico o de carácter terapéutico, así como los métodos de diagnóstico humano o animal. Sin embargo, se entiende posible patentar los productos –sustancias o composiciones, aparatos o instrumentos necesarios inventados para poner en práctica dichos métodos–, tal y como indica el artículo 5.4 de la Ley de Patentes.

6. Derechos del inventor

Los derechos del inventor pueden clasificarse en dos apartados distintos, siendo estos el derecho a la patente y la importancia de las invenciones realizadas en el marco de relaciones de empleo o servicio.

6.1. El derecho a la patente

La invención es una creación de la mente humana, se entiende que las máquinas no disponen todavía de la capacidad de obtención de un resultado semejante –o, cuanto menos, no disponen de la capacidad legal para ser reconocidas como tales–.

Por ello, únicamente puede ser titular del derecho respecto a la invención una persona física. Este derecho posee, por su parte, un doble contenido; personal y patrimonial.

Desde el punto de vista personal, esta invención otorga, de obtenerse, a su autor el derecho personalísimo a ser reconocido como autor de la misma,

incluso aunque este no alcance a ser en ningún momento el titular de la patente, como indica el artículo 14 de la Ley de Patentes.

En este sentido, nos encontramos ante un derecho de carácter intransmisible pues, no lo olvidemos, se trata de un derecho personalísimo.

Desde el punto de vista patrimonial, el derecho del inventor arroja como principal contenido el derecho a la obtención de la patente. A este respecto, la Ley de Patentes atribuye al inventor o, en su caso, a sus causahabientes, el derecho a la patente.

No obstante, bajo esta perspectiva, y debido a su contenido y valor económico, este derecho puede ser transmitido, en lugar de ejercido directamente, como indica el artículo 10.1 de la Ley de Patentes. Por ello, las personas jurídicas tienen la capacidad de solicitar patentes, como señala el artículo 3 del mismo cuerpo legal.

Puede ocurrir que no se trate de un inventor en solitario, sino que sean varias las personas que han trabajado conjuntamente para la obtención de una invención. En tal caso, el derecho a la patente pertenece a todos ellos, como refleja el artículo 10.2 de la Ley de Patentes. Si no han trabajado en conjunto, sino de manera independiente, el derecho corresponderá al primer inventor solicitante, independientemente de que tuviera o no constancia de la existencia de otro inventor, u otro grupo, trabajando en situaciones similares³⁷, como indica el artículo 10.3 de la Ley de Patentes.

Para descargar a la administración de la tarea de investigación, respecto a si el solicitante de la patente se encuentra legitimado para ello, se establece legalmente, mediante el artículo 10.4 de la Ley de Patentes, la presunción al respecto. Por lo tanto, salvo prueba en contrario, se entiende que lo está.

³⁷ En la actualidad, resulta extraño que se produzca una coincidencia tal como dos inventores, o grupos de investigación, trabajando sobre la misma cuestión y logrando en un momento similar un resultado parecido. No obstante, a lo largo de la historia, cuando era menos inmediato todo el procedimiento, se ha producido alguna situación curiosa en este sentido. Durante décadas, por ejemplo –y sin que esté totalmente cerrado el debate todavía– se cuestionó quién había sido el inventor del automóvil.

6.2. *Invencciones realizadas en el marco de relaciones de empleo o servicio*

Dentro de las invenciones, encontramos diversos supuestos, pues estas pueden haberse desarrollado de manera individual e independiente por una persona, o todo lo contrario. En la actualidad, las importantes cantidades económicas requeridas para la obtención de invenciones, especialmente por su alta carga tecnológica, dificulta que un emprendedor individual desarrolle con sus propios recursos un objeto o procedimiento que resulte patentable.

Así, en la mayoría de los casos, las invenciones se producen por personas que son trabajadores de grandes compañías, que sí disponen de los recursos precisos para la investigación. Por ello, debe analizarse a quién corresponderá el derecho específico.

En este sentido, el primer supuesto es el de las invenciones realizadas por asalariados, u otros prestadores de servicios. Siendo, insistimos, los más habituales en la práctica actual.

La Ley de Patentes indica, en su artículo 19.2, que resultará nula toda renuncia producida por parte del empleado a los derechos que se le reconocen, de modo anticipado.

Además, se entiende que las invenciones para las que se presente una solicitud de patente o de cualquier otro título de protección exclusiva, dentro del año siguiente a la extinción de la realización del empleo o servicio, se entenderá que han sido realizadas durante la vigencia de la misma, excepto que se acredite, mediante prueba en contrario, que no ha ocurrido así. Se expresa, en este sentido, el artículo 19.1 de la Ley de Patentes.

En lo que respecta a los trabajadores y las invenciones, la propia normativa establece un régimen que diferencia varios supuestos, según a quién deba atribuírsele la titularidad del derecho de patente. Encontramos, así, tres supuestos:

- Invencciones pertenecientes al empresario –artículo 15 de la Ley de Patentes–.
- Invencciones pertenecientes al empleado o prestador de servicios – artículo 16 de la Ley de Patentes.

- Inventiones asumibles por el empresario –artículo 17 de la Ley de Patentes–.

Respecto al primero de los supuestos, recogido en el artículo 15 de la Ley de Patentes, pertenecen al empresario las inventiones que han sido realizadas parte del empleado o del prestador de servicios, durante la vigencia de su contrato o relación laboral, que sean fruto de una actividad de investigación que explícita o implícitamente constituya el objeto de su contrato.

En estos casos, el autor de la invención no ostenta derecho a la obtención de remuneración complementaria, excepto si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para el empresario excedan de manera clara y evidente el contenido de su contrato de relación o empleo.

El segundo supuesto señala que pertenecen al empleado o prestador de servicios las inventiones en cuya realización no concurren las circunstancias recogidas en el caso anterior, y salvo que el supuesto resulte subsumible en las inventiones asumibles por el empresario, que es el siguiente supuesto.

Por tanto, respecto al tercer y último supuesto, las inventiones asumibles por el empresario, recogido en el artículo 17 de la Ley de Patentes, debe señalarse cuándo tiene el empresario derecho a asumir la invención.

Así, esto se produce cuando el empleado realice una invención que se encuentre relacionada con la actividad profesional que desarrolle en la empresa y, en su obtención, hubieran influido especialmente los conocimientos adquiridos dentro de la empresa –por tanto, conocimientos que entendamos como no genéricos, sino específicos de la empresa o de su sector–, o la utilización de medios proporcionados por la compañía.

En los casos en que el empresario comunique al empleado su intención de asumir la titularidad de la invención, pero no presentase la solicitud dentro de un plazo adicional razonable fijado con el empleado, este último podrá presentarla, pero en nombre y por cuenta del empresario –artículo 18.2 de la Ley de Patentes–.

Este mismo artículo, en su punto primero, indica que cualquier empleado que realice algún tipo de invención y no informe de ello al empresario,

dentro del plazo legal, perderá todos los derechos que la normativa le reconoce.

7. Las patentes

La obtención de la patente implica la consecución de una serie de derechos, pero también la existencia de algunas obligaciones, como veremos en los siguientes epígrafes.

7.1. Derechos que concede la patente

El titular de la patente ostenta el derecho al disfrute, de manera exclusiva, de su invención. Este derecho de explotación se otorga con sujeción a un alcance determinado, tanto en el plano territorial, como temporal y objetivo.

En lo referente al plano territorial, sólo puede ejercitarse en territorio español –si la patente ha sido solicitada únicamente para su desempeño en este territorio concreto, pudiendo pedirse en más lugares–.

En lo respectivo al período temporal, el artículo 58 de la Ley de Patentes indica que se extiende durante 20 años, siendo estos improrrogables.

El alcance del derecho de patente, por su parte, alude al ámbito de protección que otorga la patente, determinado por el contenido de las reivindicaciones, como señala el artículo 68 de la Ley de Patentes.

7.2. Vertiente positiva de la patente

La vertiente positiva de la patente implica la facultad de explotar la invención patentada de manera exclusiva. Esto incluye, en el caso de patentes de procedimiento, no únicamente al propio procedimiento, sino también al producto que se obtiene mediante dicho proceso.

La Ley de Patentes, en su artículo 69.2, establece una presunción por la cual, debe entenderse que todo producto o sustancia de las mismas

características al patentado –u obtenido mediante un procedimiento patentado–, ha sido alcanzado, precisamente, mediante ese procedimiento que se encuentra patentado.

Existe un límite legal, que implica que la explotación del objeto de una patente no podrá llevarse a cabo de una forma abusiva o contraria a la ley, la moral, el orden público o la salud pública. Además, el uso de la patente quedará siempre supeditado a las prohibiciones o limitaciones establecidas, o que se establezcan en algún momento, como señala el artículo 66 de la Ley de Patentes.

Además, el titular de una patente no podrá invocarla para defenderse respecto a las acciones dirigidas contra él por violación de otras patentes que tengan una fecha de prioridad que resulte anterior a la de su patente, como indica el artículo 64 de la Ley de Patentes.

7.3. Vertiente negativa de la patente

En la vertiente negativa, el derecho de utilización y explotación exclusivo que otorga la patente permite a su titular impedir a terceros sin autorización la explotación de la invención, bien de modo directo, o indirecto.

Esta prohibición de explotación directa comprende todas las fases, incluyendo desde la industrial hasta la comercialización al consumidor final, como refleja el artículo 59 de la Ley de Patentes.

Cuando se trate de patentes de producto, se prohíbe tanto la fabricación, como el ofrecimiento, introducción en el comercio o utilización, así como la importación a territorio nacional o posesión del mismo para cualquiera de los fines mencionados con anterioridad.

Si la patente tiene por objeto una materia biológica, o un procedimiento que permita la producción de una materia biológica que, debido a la invención posea propiedades determinadas, los derechos conferidos por la patente también resultarán extensibles a cualquier materia obtenida por el

procedimiento patentado, y las obtenidas a partir de ella, como indica el artículo 59 de la Ley de Patentes.

Esta vertiente negativa que afecta al derecho de patente se encuentra sujeta a tres límites fundamentales.

En primer lugar, las que se refieren a supuestos que no pueden considerarse como actos de explotación, pues el derecho de utilización exclusiva concedido a la patente se limita única y exclusivamente a esta cuestión. Así, no podrán impedirse aquellos realizados en el ámbito privado con carácter no comercial, entre otros, como señala el artículo 61.1 de la Ley de Patentes.

En segundo lugar, encontramos el denominado derecho de preuso. Implica que no es posible impedir la explotación a quien, con anterioridad a la patente y actuando de buena fe, estuviera explotando en España el objeto de la invención patentada, como indica el artículo 63 de la Ley de Patentes.

En tercer lugar, el último límite está constituido por el agotamiento de la patente. Se entiende que la finalidad perseguida por las patentes, la estimulación y recompensa al inventor, queda cumplida cuando el producto ha sido puesto en circulación en el mercado europeo por el titular, o con el consentimiento del mismo.

Por lo tanto, se entiende que el derecho de patente se agota en ese momento, implicando que el titular de la patente no podrá prohibir al comprador la utilización o reventa del producto que ha adquirido –artículo 61.2 de la Ley de Patentes–. Tampoco podrá impedirse la realización de estos actos para los productos puestos en el mercado por el titular de los derechos de preuso, como refleja el artículo 63.2 de la Ley de Patentes.

Finalmente, y con carácter especial, debe destacarse que el artículo 62 de la Ley de Patentes reconoce ciertos privilegios o excepciones al agricultor y al ganadero.

7.4. Cargas derivadas de la patente

El contenido del derecho de patente no implica única y exclusivamente derechos para el titular de la misma, sino que también supone la existencia de una serie de obligaciones o cargas.

En primer término, resulta obligado el pago de las anualidades. Si se produce el impago de las mismas, deviene la caducidad de la patente, lo que implicará que pueda ser explotada por cualquier persona, al caer al dominio público.

Fundamental resulta, también, la carga de explotar la patente. De lo contrario, no estaría produciéndose una verdadera transferencia de tecnología en favor del pretendido desarrollo tecnológico e industrial de la comunidad.

Por ello, el titular de la patente, por sus propios medios –o mediante persona autorizada por él–, deberá explotar la misma, mediante su ejecución en España –o en territorio de la Organización Mundial del Comercio– y la comercialización de los resultados obtenidos. Además, se exige que esta comercialización no sea testimonial, sino que sea suficiente para atender la demanda del mercado nacional.

Esta explotación debe realizarse en un plazo máximo de cuatro años desde la presentación de la solicitud de patente, o de tres años desde la publicación de la concesión. Como indica el artículo 90 de la Ley de Patentes, se aplica en todo caso, y de manera automática, el plazo que expire más tarde.

En cualquier otro caso, el titular de la patente será sancionado con la caducidad de la patente, o con la concesión de licencias obligatorias a terceros.

BIBLIOGRAFÍA

- Arpio Santacruz, J. (2015). “El ámbito del poder de representación del apoderado general del empresario”, en Morillas Jarillo, M. J./Perales Viscasillas, M. P. y Porfirio Carpio, L. J. (Dir.) *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2012). *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y Propiedad Industrial*. Cizur Menor, Thomson–Reuters Aranzadi, 13ª ed.
- Bueno Campos, E. (2011). *Curso básico de economía de la empresa. Un enfoque de organización*. Ediciones Pirámide, 4ª ed.
- Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2017). *Manual de Derecho mercantil. Vol. I. Introducción y estatuto del empresario, derecho de la competencia y de la propiedad industrial, derecho de sociedades*. Tecnos, 24ª ed.
- Calais-Auloy, J. y Temple, H. (2010). *Droit de la consommation*. Dalloz, 8ª ed.
- Cornu, G. (1973). *La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*. Travaux de l'Association H. Capitant.
- Díez Picazo, L. (2007). “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, *Volumen II*, Aranzadi.
- Dupichot, Ph. (2007). “Les contrats du consommateur en France”, *Le consommateur. Journées colombiennes*. Tome LVII, travaux de l'Association Henri Capitant, Bruylant et LB2V.
- Fabra Valle, G. *Manual práctico de Contratos civiles*. Edisofer.
- Ferrier, D. y Cas, G. (1986). *Traité de droit de la consommation*. PUF.
- Fernández Novoa, C. (Dir). (2007). *Tratado de Derecho mercantil*. Marcial Pons.
- Font Galán, J. I. “Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias”. *RDP*, nº. 25.
- Gallego Sánchez, E. (2017). *Derecho Mercantil. Parte primera*. Tirant lo Blanch.
- Gallego Sánchez, E. (2017). *Derecho Mercantil. Parte segunda*. Tirant lo Blanch.
- Gaspar Lera, S. (2014). “La oferta de contrato en Derecho español: cuestiones y perspectivas”. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. n. 33.
- Ghestin, J. (1993). *La formation du contrat*, LGDJ.
- Gómez Laplaza, M. C. (1993). “Comentario al artículo 1262 del Código Civil”, en ALBADALEJO M./DÍAZ ALABART S. (dirs), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII vol. 1. B, Artículos 1261 a 1280 del Código Civil, *Revista de Derecho Privado*.

- González Gozalo, R. (2013). “La formación del contrato”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. “Tratado de Contratos”. Tomo I, Tirant lo Blanch.
- Hernández Rodríguez, J. A. (2011). “La importancia de los derechos de propiedad industrial. Monopolios legales para una competencia leal”. en *Economía Industrial*, n. 379.
- Infante Ruíz, F. J. (2004). “La integración del contrato con el contenido de la publicidad. Comentario a la STS de 23 de mayo de 2003”. *RDP*, n. 12.
- Jacobs, T. (1991). *Lemons. The world's worst cars*. Brompton Books Corp.
- Jiménez Sánchez, G. J. (2018). *Nociones de Derecho Mercantil*. Marcial Pons, 11ª ed.
- Lacruz Berdejo, J. L. (2003). *Derecho de Obligaciones*. Vol. I, Dykinson.
- Lete del Río, J. M. (2005). *Derecho de Obligaciones*. Vol. I, Aranzadi.
- Llamas Pombo, E. (2009). “Artículo 1101”, en Pasquau Liaño, M. (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*. Tomo II, artículos 609 a 1314.
- Malinvaud, P. (1981). *La protection du consommateur*, D., Chr. 49 n. 2.
- Martín García, M. L. (2002). *La publicidad: su incidencia en la contratación*. Dykinson.
- Metre, J. (1979). *La subrogation personelle*. LGDJ.
- Miranda Serrano, L. M. (2006). “La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables”. *Estudios sobre Consumo*, n. 77.
- Olivencia Ruíz, M. (2014). *Hacia un nuevo Código Mercantil*. Aranzadi.
- Pagador López, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*. Marcial Pons.
- Pardo Gato, J. R. (2004). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. (Análisis legislativo y jurisprudenciales)*. Dijusa.
- Parra Lucán, M. A. (2009). “Artículo 1902”, en Pasquau Liaño, M. (Dir.). *Jurisprudencia Civil Comentada*. Tomo III, artículos 1315 a 1976.
- Parra Lucán, M. A. (2011). “Interpretación e integración de los contratos”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*. Colex.
- Picod, Y. (2007). “Définition des notions de consommateurs et de professionnels”, *Livre vert sur le droit européen de la consommation: réponses françaises*. n. 5, Société de législation comparée.
- Quintana Carlo, I. (1987). “La protección del consumidor en España”. *Actualidad Civil*, n. 13.
- Sánchez del Castillo, V. (2007). “La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones electrónicas”. *La ley*.

- Savater, F. (2014). *Ética para la empresa*, Conecta.
- Secretaría General del Tribunal Constitucional, *Jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1 y 2 CE (Prontuario)*, de marzo de 2019.
- Tenas Alós, M. A. (2011). “Protective measures for automotive design: comparison between Chinese and European regulations”, en Czubala Ostapiuk, M. R., Dahl, M. y Phirtskhalashvili, A. (cords). *EU–Asia relations in the XXI Century. Selected Aspects*, Sindéresis.
- Ugarte Tundidor, A. (1993). “Contratos de adhesión y cláusulas abusivas”, en *Boletín informativo del ilustre colegio de abogados de La Rioja*. n. 9.
- Vega Vega, J. A. (2005). “La publicidad comercial y los consumidores”. *Revista de estudios económicos y empresariales*, n. 18.