

Lección 1 y 2: concepto, evolución y fuentes del derecho mercantil

El derecho mercantil es aquel derecho privado especial, separado del derecho civil, que tiene por objeto al empresario, a su estatuto jurídico y a la peculiar actividad que este desarrolla en el mercado.

Se denomina empresario a la persona natural o jurídica, que ejercita en nombre propio una actividad empresarial; y actividad empresarial, es el modo especial de desarrollar dentro del mercado una actividad económica cualificada.

El sistema de derecho (privado) español es dualista, caracterizado por la división interna.

La actividad empresarial se desarrolla en un determinado marco constitucional, administrativo y fiscal.

El derecho público determina el modelo constitucional en el que el empresario desarrolla su actividad el que establece requisitos y límites para operar en un determinado sector económico, y el que con el régimen tributario, condiciona en ocasiones, las opciones mercantiles de los protagonistas del tráfico.

La actividad empresarial se extiende por tanto, al sector comercial, industrial y de servicios (antes era específico del comerciante)

Podemos hablar de empresa en:

- Sentido subjetivo, que alude al empresario
- Sentido objetivo, que alude al establecimiento mercantil.

Los problemas que plantea la distinción entre derecho civil y mercantil tan solo tiene relevancia, respecto al derecho de obligaciones y de los contratos mercantiles.

Los criterios empleados para distinguir cada derecho son:

- Sistema subjetivo, en atención a si el contrato se realiza o no por un comerciante o empresario en el ejercicio de su profesión
- Sistema objetivo, que atiende a la naturaleza del acto o del contrato; y en este punto se sigue:

GATED

- a) Sistema de la enumeración: se determina la mercantilidad del acto mediante el elenco de actos de comercio. Deja fuera actos de comercio futuros
- b) Criterio de la definición; recurriendo a sus características, por lo que tiene un carácter abstracto e impreciso.

El sistema español sigue el sistema objetivo con algunas peculiaridades ya que ni enumera ni define. Está en una posición intermedia y hace uso de dos criterios:

- Criterio de la inclusión. Todos los actos incluidos o mencionados por la ley mercantil.
- Criterio de la analogía. Naturaleza análoga a los comprendidos en la ley mercantil.

Aunque no existen diferencias ontológicas entre contratos civiles y mercantiles, la pertenencia del acto o contrato a la serie orgánica de actos y contratos es mercantil, si se realiza como acto de tráfico.

El derecho mercantil como categoría histórica

Este derecho surge en la edad media (siglo XI-XII) como consecuencia de la inadaptación del derecho común a las necesidades de una nueva economía urbana y comercial que se va abriendo paso frente a la economía feudal y esencialmente agraria de la alta edad media.

Este derecho nuevo (*ius mercatorum*) aparece con unos caracteres:

- Derecho de los comerciantes agrupados en gremios o corporaciones
- Derecho usual, en el que rige la costumbre, que es la fuente primordial de creación del derecho
- Derecho de producción autónoma (los consulados, como corporación, resolvían cuestiones, administrando justicia según el uso de comercio) y derecho de aplicación autónoma, alejado de la idea de un derecho emanado del poder legislativo del estado.
- Derecho sustancial y uniforme

GADED

La primera manifestación de este derecho mercantil medieval se encuentra en el derecho estatutario italiano y este movimiento se extiende a ciudades francesas, españolas (Barcelona), ciudades flamencas y ciudades alemanas.

El derecho mercantil de los siglos XVI a XVII inicia un doble proceso de objetivación y de estatalización.

1. El ordenamiento jurídico-mercantil se aplica a las relaciones de tráfico en función de que ésta relación pueda ser calificada como acto de comercio, sean o no comerciantes quienes lo realicen.
2. El estado reivindica para sí, el monopolio de la función legislativa pasando el derecho mercantil a formar parte del derecho estatal en ordenanzas dictadas o refrendadas por la autoridad central.
Este fenómeno de centralización es gradual y de alcance variable, pero en todo caso repercute en el sistema de fuentes: la ley toma primacía sobre el uso.

Frente a las ordenanzas de los siglos anteriores, a comienzos del siglo XIX surge la idea de codificación, que se presenta como un instrumento de la unidad nacional y responde al ideal de transformar la razón en ley escrita e igual para todos.

La primera codificación de la materia se produce, con el código de comercio Francés de 1807.

Mientras que el código de comercio francés es posterior al código civil, en España la codificación mercantil se consigue mucho antes que la codificación civil (por el problema foral).

El primer código de comercio español, el de 1929, obra de Pedro Sainz De Andino, fue objeto de un intenso proceso de elaboración de leyes especiales complementarias que culminara en el segundo y vigente código de 1885.

La revolución industrial y la postindustrial han influido extraordinariamente en el derecho mercantil contemporáneo.

La globalización de la economía ha dado lugar al nacimiento de una nueva Lex mercatoria que recuerda al proceso formativo del viejo ius mercatorum, como derecho consuetudinario de vigencia universal.

GADU

De otra parte en el ámbito continental, el tratado de Roma por el que se constituyó la comunidad Europea (CEE) y el tratado de Maastricht de 1992, de constitución de la unión Europea (EU), ambos modificados por el tratado de Niza de 2001, así como por el tratado de Lisboa de 2007, han influido en el derecho mercantil de los estados miembros.

Esa tendencia a la unificación, tanto a nivel mundial, como comunitario, va unida a una incesante creación de nuevas instituciones e instrumentos jurídicos, nuevas normas societarias, nuevos contratos y nuevos instrumentos jurídicos.

El código era, un código de la tienda y el almacén.

El modelo ideal de comerciante era el comerciante individual, y el acto de comercio por excelencia era la compraventa mercantil.

Hoy, el código de comercio ha perdido esa correspondencia con la realidad social y económica.

Para conocer hoy el derecho mercantil es preciso conocer las leyes, especiales o no y sobre todo la realidad del tráfico, que crea incesantemente nuevos instrumentos al servicio de las cambiantes necesidades de los operadores económicos

Las fuentes del derecho mercantil

El sistema de prelación de fuentes consignado en el artículo 2 del código de comercio establece como fuentes del derecho mercantil:

- La ley mercantil
- La costumbre mercantil
- Derecho común

El precepto citado no va referido a todo el derecho mercantil, sino solo al derecho de los contratos mercantiles, a los actos de comercio.

Este sistema de prelación de fuentes no deja de ser contradictorio.

El artículo 20 del mismo código al regular los contratos mercantiles, se olvida de los usos del comercio

GADED

Esta contradicción (artículo 2 y 50), debe ser resuelta afirmando la primacía del derecho común (artículo 1261 CC) sobre la costumbre, cuando se trate de normas imperativas y la prevalencia de la costumbre mercantil, frente a las reglas de derecho común cuando estas no sean de naturaleza imperativa, sino dispositiva.

Ley mercantil

La legislación mercantil es de competencia exclusiva del estado (artículo 144.1.6º CE).

El estado tiene atribuida la producción de normas con rango de ley y la función de ejecución de la normativa.

Los usos de comercio

Son normas de derecho objetivo nacidas en el ámbito de las contrataciones mercantiles y creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los empresarios en sus negocios.

La objetivación del uso, solo se consigue cuando se practica de modo uniforme, general y duradero o constante y cuando a la vez, existe la convicción de su obligatoriedad.

1. Uniformidad
2. Generalidad, duradero o constante
3. Obligatoriedad

El uso no deja de tener una función importante en defecto de ley (artículo 2.1 del código de comercio); pero, en la actualidad salvo en el comercio internacional, los usos constituyen una fuente del derecho mercantil en franco declive.

Los usos se clasifican

- a) Por la materia que regulan:
 - a) Comunes
 - b) Especiales
- b) Por razón del espacio:
 - a) Internacionales

GADED

- b) Nacionales
- c) Regionales, locales o de plaza

Pero la clasificación más importante, distingue entre:

- a) Normativos, nacidos para suplir las lagunas de la ley
- b) Interpretativos, que ayudan a la interpretación de los contratos

A nuestro modo de ver, los usos de comercio son normativos, por un lado cuando la ley mercantil exige que los contratos mercantiles se ejecuten y se cumplan de buena fe; pero los usos interpretativos también son fuente de derecho.

En cuanto a la prueba del uso, norma consuetudinaria de derecho no escrito, si no se trata de un uso notorio, no es dudosa la necesidad de demostrar su existencia.

No rige para los usos de comercio, la máxima “iura novit cura” (artículo 1.3 CC)

Para asegurarse de la existencia del uso, el juez no estará obligado a atenerse exclusivamente a la pruebas que las partes layan podido aportar al proceso, y podrá procurarse de oficio otros elementos de juicio.

Lección 3: el establecimiento mercantil

Sentido vulgar: se alude tanto a la tienda como al almacén abiertos al público en los que el empresario ejercita el comercio al por menor o al por mayor; este sentido tiene como presupuesto un local.

Sentido jurídico: conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria (según estatuto de trabajadores artículo 44.2).

El establecimiento mercantil es el medio o instrumento mediante el cual el empresario ejercita la actividad empresarial; y entre el establecimiento y la actividad a la que se dedica profesionalmente el empresario existe, una relación de medio a fin.

GADED

Decimos pues que el establecimiento es un conjunto organizado de elementos materiales y personales

El establecimiento equivale a empresa en sentido objetivo aunque esta equivalencia no es del todo absoluta.

Entre el sentido vulgar y el jurídico existen fundamentalmente tres diferencias:

- El establecimiento no es sólo comercial, sino que puedes ser industrial o de servicio
- El sentido vulgar solo incorpora elementos materiales, mientras que el jurídico, incorpora elemento personales (servicios que tienen valor patrimonial)
- El sentido vulgar habla de un solo establecimiento, pero en el jurídico pueden figuran varios establecimientos o ningún local, que pueden estar o no abiertos al público.

La naturaleza jurídica del establecimiento mercantil

Existen dos teorías que explican la naturaleza jurídica del establecimiento:

- Teorías unitarias: explican que se trata de un bien único y diferente, sobre el que el empresario ostenta un derecho de propiedad, el cual coexiste con los derechos que ostenta sobre cada uno de los elementos del establecimiento.
- Teorías atomistas: explican la existencia del establecimiento desde la perspectiva de una pluralidad de bienes organizados por el empresario, sobre los cuales ostenta títulos heterogéneos.

Clases de establecimientos

Por razón del objeto y que solo tienen importancia en la legislación administrativa (la clasificación); puede ser:

- Industriales
- Comerciales
- De servicio

Demás clasificaciones:

GADED

- Establecimiento principal: donde radica el domicilio profesional del empresario
- Establecimiento secundario: pueden ser o bien las sucursales, que son aquellos establecimientos secundarios dotados de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollan, total o parcialmente, las actividades de la sociedad o del empresario individual; o bien una filial, que es una sociedad dedicada a la misma o a distinta actividad que otra sociedad, la cual ostenta la totalidad o la mayor parte de las acciones o de participaciones en las que se divide el capital de aquella; es por tanto, un ente jurídicamente autónomo.
- Establecimiento privativo y establecimiento ganancial

El fondo de comercio

Hace referencia a la plusvalía derivada de la organización de los elementos de toda clase que componen el establecimiento y es por ello que, al adquirir un establecimiento mercantil es frecuente que las partes determinen el precio atendiendo no solo al valor neto patrimonial de los elementos (diferencia de valor entre el activo real y el pasivo) sino precisamente a este valor del fondo de comercio que, solo puede figurar en el activo si se ha adquirido de un tercero a título oneroso (artículo 39.4 C de C).

El fondo de comercio de un establecimiento puede depender de:

- Factores objetivos: basado en las condiciones mismas de ese establecimiento y que es susceptible de permanecer aunque cambie la persona del empresario titular del establecimiento (capacidad de producción de una fabrica a determinados costes) y es susceptible de transmisión.
- Factores subjetivos: está en función de la capacidad del empresario para crear, conservar y acrecentar la clientela; y no es susceptible de transmisión

La transmisión del establecimiento mercantil

GADED

Partimos de la premisa de que, el establecimiento mercantil es susceptible de transmisión y esa transmisión puede ser:

- inter vivos: a título singular o a título universal.
- Mortis causa: título universal en el caso de herencia o a título singular, en caso de legado)
- Directo: el objeto del negocio es el establecimiento o los establecimientos del transmitente. Cambia el titular del establecimiento.
- Indirecto: el objeto de negocio son las acciones o participaciones en que se divide el capital de la sociedad, cuyo patrimonio está constituido por uno o varios establecimientos. El titular del establecimiento sigue siendo la sociedad, que es la que cambia de manos.

La transmisión inter vivos del establecimiento mercantil

Se puede dar casos de transmisión voluntaria, que puede ser a título gratuito (donación) o a título oneroso (compraventa, permuta, dación en pago...); o bien puede ser una transmisión forzosa, que puede producirse como consecuencia de un procedimiento de ejecución individual, sea judicial o administrativo, o como consecuencia de un procedimiento concursal.

- Voluntaria: a título gratuito o título oneroso
- Forzosa: individual o concursal

Transmisión del establecimiento y transmisión de elementos aislados

Los supuestos de transmisión del establecimiento se distinguen claramente de los supuestos de transmisión de los elementos de que se compone.

El titular del establecimiento puede transmitir aisladamente a una o a varias personas cuantos elementos considere oportunos; incluso los signos distintivos del establecimiento son susceptibles de una transmisión aislada; así sucede con las marcas y con el nombre comercial (artículos 46.2 y 87.3 LM).

GADELO

Se acude al criterio de la suficiencia para determinar si ha habido transmisión del establecimiento o de elementos aislados.

Si los elementos que se transmiten son suficientes para que el adquirente pueda desarrollar con ellos la actividad empresarial, se presumirá que ha existido transmisión del establecimiento; en caso contrario, habrá de entenderse que no ha habido transmisión del establecimiento, sino de elementos aislados.

Los contratos en caso de transmisión del establecimiento

La regla general, es que el adquirente no se subroga en la posición contractual del transmitente: los contratos (derechos y obligaciones) no se transmiten con el establecimiento. Esta subrogación requiere no solo la voluntad expresa de estas (transmitente y este adquirente), sino también la conformidad de la persona o personas con las que hubiera contratado el titular del establecimiento.

Pero esta regla general tiene dos excepciones:

- Subrogación convencional: cuando las partes acuerdan expresamente la cesión del contrato de arrendamiento del local, sin necesidad del consentimiento del arrendador y el adquirente se subroga en la posición jurídica de arrendatario. Ahora bien, esta cesión del contrato de arrendamiento da derecho al arrendador a una elevación de la renta en el porcentaje del 20 por 100 (artículo 32.2 LAU).
- Subrogación legal: el adquirente queda subrogado ex lege en la posición jurídica del transmitente, con independencia de que así se hubiera previsto en el contrato. Es lo que sucede con los contratos de trabajo (el adquirente queda subrogado *ope legis* en los derechos laborales del anterior titular) y los contratos de seguro (para que el adquirente pueda tener conocimiento de la existencia del contrato, el transmitente ha de comunicárselo por escrito y también al asegurador, en un plazo de 15 días; pero el adquirente y el asegurador tienen el derecho a resolver el contrato dentro de los 15 días siguientes a contar desde aquel en que se hubieran

GATED

conocido la transmisión; decimos pues que existe una facultad de denuncia unilateral recíproca).

Los créditos y las deudas en la transmisión del establecimiento

- **Créditos:** la simple transmisión no permite presumir la cesión de dicho crédito (artículos 347 y 348 C de C); en efecto, solo se producirá cesión en virtud de pacto expreso entre transmitente y adquirente y no será necesario la notificación de la cesión de créditos al deudor; pero el pago que realice el deudor al anterior acreedor se reputara pago legitimo en tanto esa notificación no se produzca o en tanto el deudor no conozca la cesión por cualquier otro medio (artículo 347) y por ello, el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión del crédito satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación(artículo 1527CC); pero desde que tenga lugar la notificación no se reputará pago legitimo, sino el que se haga al adquirente del crédito (artículo 348 C de C)
- **Deudas:** la transmisión del establecimiento no implica, la asunción por el adquirente de deudas que el transmitente hubiera contraído y es por ello, que para que exista asunción liberatoria de las deudas no basta con que las partes así lo pacten, se requiere, el consentimiento del acreedor.

Pero esta regla general, tiene una excepción, que es la llamada “responsabilidad solidaria” que es de origen legal y que establece que el sucesor en la titularidad del establecimiento, responde solidariamente con el anterior titular de ciertas deudas frente a la hacienda pública y a la tesorería general de la seguridad social, frente a los trabajadores y frente a las entidades aseguradoras; por ello decimos que responden solidariamente de:

1. Deudas liquidadas o pendientes de liquidación y de las responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la actividad empresarial
2. Pago de las prestaciones de seguridad social.
3. Durante 3 años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la trasmisión que no hayan sido satisfechas

GATED

4. Primas vencidas en el momento de la transmisión de aquellos contratos de seguro del establecimiento.

La compraventa del establecimiento mercantil

Es el supuesto más frecuente de transmisión inter vivos del establecimiento.

La compraventa suele ir precedida de negociaciones entre las partes, asistidas por sus asesores financieros y jurídicos, o de negociaciones entre los intermediarios elegidos por ellas con esta específica función.

Los elementos del contrato de compraventa del establecimiento:

- Elementos personales: tanto vendedor como comprador serán generalmente empresarios individuales o sociedades mercantiles
- Elementos objetivos: la compraventa tiene como objeto el establecimiento como conjunto de bienes y de servicios

Las obligaciones de las partes en el contrato de compraventa del establecimiento mercantil

La obligación del vendedor e la de entrega del establecimiento y la obligación de saneamiento; dicho de forma más clara, las obligaciones que tienen el vendedor son:

- Obligación de situar al adquirente en condiciones de utilizar y explotar esa organización y el crédito del establecimiento respecto de la clientela
- Obligación de informar lealmente al comprador sobre la organización interna del establecimiento y sus posibilidades de actuación en el mercado
- Obligación de abstenerse de realizar actos que ocasionen o sean susceptibles de ocasionar una captación de clientela
- Obligación de saneamiento por evicción y por vicios ocultos

La obligación esencial del comprador es la de pagar el precio

GADED

El arrendamiento y el usufructo del establecimiento

El arrendamiento carece de regulación legal, por lo que queda sometido a las disposiciones generales del código civil, las cuales tienen carácter dispositivo (excepción de regulación legal en el derecho foral navarro) y están contenidos en los artículos 1542 y siguientes del Código Civil.

Este tipo de arrendamiento es especial, en el que lo que se arrienda es el negocio y las normas de este cuerpo legal solo pueden ser aplicadas al contrato, de ahí la conveniencia de que las partes, determinen convencionalmente, el régimen aplicable al arrendamiento.

Obligación del arrendador:

- Entregar el establecimiento en buen estado de funcionamiento
- Hacer las reparaciones necesarias en los elementos de que compone el establecimiento
- Mantener al arrendatario en el uso pacífico del mismo.

Obligación del arrendatario

- Al pago de la renta convenida y a utilizar el establecimiento destinándolo a la actividad pactada
- No puede modificar el destino del negocio y debe procurar mantener su normal capacidad productiva y que no desmerezcan por falta de uso los elementos que lo integran.

El usufructo del establecimiento mercantil

Sobre el establecimiento mercantil puede constituirse un derecho real de uso y disfrute, aunque en derecho español es poco frecuente; de ahí que el código civil no contenga norma alguna sobre esta modalidad de usufructo especial.

Lección 4: el empresario

GADED

Es empresario, la persona natural o jurídica que, por si o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad.

En sentido jurídico, empresario es quien ejercita en nombre propio una actividad empresarial (que es económica, procurando al menos la cobertura de los costes con los ingresos que se obtienen):

- Actividad profesional
- Habitual y no ocasional
- Actividad económica
- Actividad para el mercado, en cuanto que está dirigida a la satisfacción de necesidades de terceros
- Actividad organizada y planificada, que se explica por estar dirigida al mercado.

Conviene señalar que, el criterio de la mercantilidad se da en virtud del modo en que se ejercita la actividad, no la clase de actividad.

Clases de empresarios

- Empresarios individuales y empresarios sociales
- Empresarios privados y empresarios públicos: la constitución reconoce a los sujetos privados la libertad de empresa, es decir, la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio y la libertad de cesación; así como el derecho a la propiedad privada. Pero también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica (artículo 128.2 CE) y se instaura así el principio de iniciativa económica, que distingue sujetos privados (son empresarios individuales y sociales) y sujetos públicos (sociales)
- Empresarios por razón de la actividad: pueden ser industriales, comerciales o de servicios; sometidos todos al mismo estatuto jurídico.
- Por razón de la forma: sociedades anónimas, sociedades comanditarias por acciones y sociedades de garantía recíproca.

GADSD

- Pequeños y grandes empresarios: según la regulación legal, se considera pequeñas y medianas empresas a aquellas cuyo número de trabajadores no excede de 250 (artículo 1.11 de la LSGR). Dentro de este engranaje conviene hacer mención al artesano al que la jurisprudencia considera que no son comerciantes a efectos legales, lo que no excluye que esté sometido al Derecho de la competencia.
- Empresario aparente y empresario oculto: el aparente ejercita en nombre propio la actividad constitutiva de empresa y el oculto facilita al primero los medios económicos necesarios para el ejercicio de esa actividad, dirige de hecho, la empresa y se apropia de los beneficios que ésta pueda obtener.

La responsabilidad civil del empresario

El empresario está sometido al principio de responsabilidad patrimonial universal, es decir, el empresario responde del cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales, cuasicontractuales o extracontractuales (artículo 1089 CC) con todos sus bienes, presentes y futuros (artículo 1911 CC).

El empresario individual responde con todo su patrimonio, sea civil o mercantil, sin que tenga la posibilidad de constituir un patrimonio separado; y lo mismo acontece con las sociedades mercantiles, las cuales responden con el entero patrimonio social del cumplimiento de las obligaciones sociales.

El principio de responsabilidad patrimonial universal significa pues, que todos los bienes, cosas y derechos que integren el patrimonio del empresario deudor o de la sociedad deudora quedan afectos al cumplimiento de las obligaciones; y esta responsabilidad cesa con la extinción de la obligación, sea mediante cumplimiento (voluntario o forzoso), sea mediante cualquier otro acto que tenga efecto extintivo y liberatorio, o cuando prescriba la acción para exigir el cumplimiento.

Ahora bien, en el Derecho español existen algunas técnicas indirectas, plenamente lícitas, para que el empresario (individual o social) pueda

GADFD

conseguir una efectiva limitación de la responsabilidad en el ejercicio de la actividad a la que se dedique o pretenda dedicarse:

- Empresario individual casado: a tal fin, es suficiente con que el conyugue del empresario, de acuerdo o no con éste, se oponga formalmente al ejercicio de la actividad, contando en escritura pública. En virtud de esto, los únicos bienes que responden del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el empresario casado serán los bienes propios del empresario y aquellos bienes gananciales o comunes que se hubieran obtenido en el ejercicio de la actividad empresarial. En tales casos, no responderán los demás bienes gananciales o comunes, así como tampoco los bienes del otro cónyuge (artículos 6 al 11 C de C).
- Sociedad unipersonal anónima o de responsabilidad limitada: del cumplimiento de las obligaciones personales del socio único responde el patrimonio de esa persona; pero del cumplimiento de las obligaciones de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada unipersonal responde el patrimonio social, salvo que la situación de unipersonalidad sobrevinida no se hubiera hecho constar en el Registro Mercantil dentro de los 6 meses siguientes al día de la adquisición por la sociedad de carácter unipersonales.
- Excepción: existe un caso en el que se permite que una sociedad mercantil, sin necesidad de constituir sociedades autónomas e independientes, establezca patrimonios separados, con específica limitación de responsabilidad (sociedades de inversión).

El empresario individual

Es la persona natural que ejercita en nombre propio, por sí o por medio de representante, una actividad constitutiva de empresa.

La capacidad para ser empresario individual (artículo 4 C de C)

- Mayoría de edad: ser mayor de 18 años y no declarado incapaz para gobernarse
- Libre disposición de sus bienes

GADED

El menor de edad emancipado, carece de la capacidad mercantil, porque aunque pueda regir su persona, tiene las restricciones de no poder tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin autorización o asistencia paterna o del curador (artículo 323 CC).

El menor empresario

Esta figura se justifica por el principio de conservación de la empresa

El artículo 5 del código de comercio dice “los menores de 18 años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieres ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar a uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio”

Ahora bien, el empresario es el pupilo, no el tutor.

Pero en caso de insolvencia es el menor quien es declarado en concurso de acreedores y no el tutor.

Las prohibiciones para el ejercicio de la actividad empresarial (artículos 13 y 14 C.de.C)

- Prohibiciones absolutas: pueden extenderse a todo el territorio español o circunscribirse a parte de él. Es el relativo a aquellas personas que, por leyes o disposiciones especiales no pueden comerciar (miembros del gobierno de la nación) y si incurren en ello la sanción sería administrativa
- Prohibiciones relativas: la sanción sería civil.

Adquisición, prueba y pérdida de la condición de empresario individual

Una persona adquiere la condición de empresario dedicándose profesionalmente a una determinada actividad comercial, industrial o de servicios, aunque no se trate de la actividad principal de esa persona.

GADED

Esta adquisición es siempre originaria y no derivativa, y tampoco es transmisible empieza y termina en el mismo sujeto.

La prueba de la condición de empresario, puede acreditarse por cualquiera de los medios generales admitidos en el Derecho, sean directos o indirectos (circulares, periódicos, carteles...) y se trata de una presunción iuris tantum de la mercantilidad del sujeto.

En cuanto a la pérdida de la condición de empresario, se distingue entre pérdida voluntaria, que se produce cuando se cesa en la actividad, y pérdida involuntaria, como es el caso del fallecimiento o de la incapacitación.

El domicilio del empresario individual

Por regla general, el domicilio mercantil del empresario individual coincide con el domicilio civil, en este sentido, el domicilio del empresario será el lugar de su residencia habitual (artículo 40 CC). Sin embargo, si el empresario tiene el centro de sus operaciones comerciales en lugar distinto al de su residencia habitual, se considerara que no coinciden el domicilio civil y el mercantil, en cuyo caso por el incumplimiento de deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial deberá ser demandado en este último (artículo 65.1 LEC)

El ejercicio de la actividad mercantil por persona casada

El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges y, en consecuencia, tampoco afecta a su capacidad para ser empresario. Suprimida por la ley 14/1975, de 2 de mayo, la vieja exigencia de autorización marital para el ejercicio del comercio por mujer casada, ambos cónyuges han quedado en plano de igualdad respecto del ejercicio de las actividades empresariales.

El régimen legal de la responsabilidad patrimonial por deudas mercantiles del cónyuge empresario

El código de comercio se ocupa de determinar que bienes responden de las deudas contraídas por el cónyuge que ejerza la actividad mercantil.

GATED

El régimen legal que se introdujo por la ley 14/1975, constituye un régimen especial.

Si el cónyuge es empresario, la ley permite que esa responsabilidad se limite a aquellos bienes gananciales obtenidos precisamente por el ejercicio de la actividad empresarial (artículos 6 a 11 C. de C.)

La razón de ser esta especialidad radica en el riesgo inherente a la actividad del empresario, y se trata además de un régimen supletorio.

En el supuesto en que los cónyuges hayan otorgado capitulaciones antes o después de celebrado el matrimonio (artículo 1326 CC), el régimen económico del matrimonio será el contenido en esas capitulaciones (artículo 1315 CC), y no este régimen especial.

En las capitulaciones, los otorgantes podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio (artículo 1325 CC): lo estipulado tendrá primacía sobre el régimen especial contenido en el Código de comercio, pero para que lo pactado sea oponible a los acreedores mercantiles que sean terceros de buena fe se requiere que las capitulaciones, se inscriban en el registro mercantil y se publique el régimen económico de matrimonio en el boletín oficial del registro mercantil.

Esta modificación de régimen económico matrimonial no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1317 CC).

El ámbito de aplicación del régimen especial

Partimos de que no es aplicable a los casos en los que el empresario este casado en régimen de separación de bienes, bien por haberlo pactado así en capitulaciones, bien por ser este el régimen legal supletorio (código de familia catalán), así como tampoco en que el régimen económico del matrimonio sea el de participación.

El régimen de aplicación de los artículos 5 a 11 del código no se reduce, a los casos en que el empresario este casado en régimen de sociedad de gananciales. Será aplicable también a aquellos regímenes matrimoniales

GADED

que contemplen la existencia de bienes comunes, como es el caso de la “comunicación foral de bienes” del Derecho de Vizcaya.

La extensión de la responsabilidad patrimonial

- **Ámbito mínimo**, es decir, aquella parte del patrimonio que siempre y en todo caso queda sujeto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el empresario casado, está constituido por los bienes propios o privativos de ese empresario y los bienes comunes que se hubieran obtenido precisamente por el ejercicio de la actividad empresarial. Se trata de una norma imperativa o de ius cogens, y establece que, la responsabilidad de los bienes propios y comunes obtenidos por el ejercicio de la actividad empresarial es inderogable por voluntad de los cónyuges, aunque conste en capitulaciones matrimoniales.
- **Ámbito medio**, que está constituido por demás bienes comunes. Para que estos bienes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges (artículo 6 C de C) y este consentimiento puede ser expreso o manifestarse de forma presunta (artículo 7 y 8 C de C). ahora bien, el cónyuge del empresario podrá formular oposición en cualquier momento, así como revocar (que no puede perjudicar derechos adquiridos con anterioridad al momento en que sea oponible- artículo 11) el consentimiento expreso y para que esto sea eficaz frente a terceros debe constar en escritura pública, inscrita en el registro mercantil y publicados los datos esenciales de la inscripción en el boletín oficial de dicho registro (artículo 21 C de C).
- **Ámbito máximo**, es el relativo a los bienes propios o privativos del cónyuge del empresario y se requiere consentimiento expreso de dicho cónyuge en cada caso (artículo 9). Ese consentimiento, si hubiera sido prestado, podrá ser revocado en la misma forma y con los mismos efectos señalados (artículo 11).

El empresario persona jurídica

Las sociedades mercantiles tradicionales se clasifican en:

- Sociedades de personas:

GADED

- a) sociedad colectiva
- b) sociedad comanditaria simple
- Sociedades de capital :
 - a) Sociedades anónimas
 - b) Sociedad comanditaria por acciones
 - c) La sociedad de responsabilidad limitada
 - d) Las sociedades de garantía recíproca.

Conviene señalar como punto final que el ejercicio de la actividad mercantil, también puede ser realizado por:

- Fundaciones
- Asociaciones

GADED

GADED