**TEMA 2 EL EMPRESARIO PERSONA FÍSICA: CAPACIDAD, INCAPACIDAD Y PROHIBICIONES. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL POR PERSONAS CASADAS, MENORES E INCAPACES. EL EMPRESARIO PERSONA JURÍDICA: EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL POR ASOCIACIONES Y FUNDACIONES. REFERENCIA A LAS COMUNIDADES DE BIENES.**

# **EL EMPRESARIO PERSONA FÍSICA**

Según el art. 1.1 C.Co.

**"Son comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente**"

El concepto es defectuoso:

. Algunos sujetos reúnen esos requisitos sin ser comerciantes (gerentes y apoderados)

. Hay verdaderos comerciantes sin capacidad (vg los menores) o sin la nota de habitualidad (excepcionalmente, el naviero).

REQUISITOS:

\* HABITUALIDAD. Puede entenderse:

- Como repetición de actos mercantiles, lo que genera inseguridad.

- Como ejercicio profesional del comercio (de “profíteor”, “me declaro o confieso”), confesión al exterior (BIGIAVI). Es la postura mayoritaria, que exige además de continuidad: actividad organizada, exteriorización y *propósito de lucro (para SANCHEZ CALERO no imprescindible).*

El art 3 presume el ejercicio habitual del comercio cuando se anuncie al público de cualquier modo un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.

\* NOMBRE PROPIO Es empresario quien responde frente a terceros, adquiere los beneficios y sufre las pérdidas. Esta característica explica porqué los menores e incapacitados son comerciantes y porqué no lo son las personas que ejercen habitualmente el comercio en nombre de otro (los auxiliares del comerciante).

GARRIGUES considera comerciante al oculto tras un testaferro.

Se suelen señalar 2 **consecuencias** fundamentales de la cualidad de comerciante:

- La calificación de mercantiles de ciertos actos por su intervención en los mismos (comisión, 244; depósito, 303; préstamo, 311).

- La sujeción a un estatuto peculiar que le obliga a llevar una contabilidad (24 y ss Cco), documentar sus operaciones, normas sobre publicidad (16 ss Cco), competencia, etc.

En principio, “**el empresario de hoy es el comerciante de ayer**” (URÍA): de la mera intermediación (“comerciante”, en expresión del Cco) a la incorporación al ámbito mercantil de la agricultura, ganadería, minería e industrial.

El RRM de 1989 ya abandonó el concepto de comerciante y con criterio más moderno habla de "empresario individual". Idem RRM 1996 (art 2).

Ahora bien:

+ (NO SIEMPRE) Hay empresarios que tradicionalmente se han considerado civiles, no mercantiles (agrícolas, cooperativas y mutualidades -salvo art. 124 Cco-).

El matiz pierde importancia a la vista de una normativa sectorial común (concurso, contabilidad) o de asimilación (v.gr. el contrato de seguro es siempre mercantil)

+ (NO SOLO) La [Propuesta de Código-Mercantil](http://notin.es/wp-content/uploads/2014/07/83-propuesta-codigo-mercantil.pdf) del año 2013 delimita la materia mercantil a partir del mercado:

La figura del empresario no es la única entre los **OPERADORES DEL MERCADO** sujetos al Código, concepto que también abarca a los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas; a las personas jurídicas que, cualquiera sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código, e incluso a los entes sin personalidad jurídica.

Vg las **compraventas de bienes inmuebles** pasan en dicha Propuesta a tener carácter mercantil (en contra del art. 325 C de c)

# **CAPACIDAD, INCAPACIDAD Y PROHIBICIONES**

Art. 4 CCo Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las ***personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes***.

El menor emancipado (o beneficiario de edad) según unos carece de tal capacidad (no es mayor de edad). Por el contrario CAMARA (tesis mayoritaria), le considera capaz para comerciar (pues puede regir su persona y bienes como si fuera mayor, si bien necesitará el concurso de sus padres o, en su caso, del curador, para los actos del art. 323 Cc).

El art. 213 LSC prohíbe ser administradores a los menores de edad no emancipados, por lo que implícitamente permite a los menores emancipados ser administradores de las sociedades de capital.

Por otro lado, el art 13.2º considera incapaces a las personas que hayan sido inhabilitadas por sentencia firme conforme a la ley concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación.

Si se hubiera autorizado al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga.

Y en su apartado 3º prohíbe comerciar en los casos establecidos por leyes o disposiciones especiales. Citar:

\* **Prohibiciones absolutas.** Se extienden a cualquier ámbito y a todo el territorio nacional. Así, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

\* **Prohibiciones que afectan a un determinado género de comercio:** socio colectivo (art. 136 CCo), factor (art. 288) o capitán (antes recogida en el art. 613 Cdec, derogado por la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima). También la prohibición atenuada de los administradores de la Ley de Sociedades de Capital (art. 230 LSC)

\* **Prohibiciones territoriales.** El art. 14 impide ejercer el comercio donde desempeñen sus funciones a Magistrados, Jueces, Fiscales, Jefes Gubernativos, económicos o militares, encargados de los fondos del Estado, a los antiguos agentes de cambio y corredores de comercio y demás dispuestos por leyes o disposiciones especiales.

**Comerciante extranjero.** El Art. 15 CCo establece

**Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación.**

**Sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios.**

# **EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

La Ley 14/2013 de 27 de Septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, tras los pasos de la Ley 11/2013, de 26 de julio, introduce en nuestro ordenamiento el concepto de emprendedor, que desborda al de empresario pues se consideran emprendedores *«aquellas personas independientemente de su condición física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley» (art. 7).*

Esta nueva tendencia legislativa apunta a la crea­ción de un marco que fomente la iniciativa económica, atenuando los riesgos jurídicos y patrimoniales que suelen acompañarla.

Destaca la creación por dicha Ley 14/2013 de la figura del «Emprendedor de Responsabilidad Limitada»:

- Todo empresario persona física, cualquiera que sea su actividad, puede obtener que **su responsabilidad *empresarial o profesional* no alcance a su vivienda habitual a condición de** que su valor no supere los 300.000 euros (en viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5) y de que tal “no vinculación” se publique en la forma establecida en dicha Ley (esto es, además de la inmatriculación de dicho emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio, con indicación del activo no afecto, tal no sujeción deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad, en la hoja abierta a la vivienda).

Será título para **inmatricular al ERL en el RM**:

. el acta notarial que presentará obligatoriamente el notario de manera telemática en el mismo día o siguiente hábil al de su autorización en el Registro Mercantil o

. la instancia suscrita con la firma electrónica reconocida del empresario y remitida telemáticamente al RM

Practicada la inscripción **en el RP**, el Registrador denegará la anotación preventiva de **embargo** sobre bien no sujeto a responsabilidad, excepto que del mandamiento resulte que se aseguran:

deudas no empresariales o profesionales

deudas empresariales o profesionales contraídas con anterioridad a la inscripción de limitación de responsabilidad

obligaciones tributarias o con la Seguridad Social.

En el caso de enajenación a un tercero de los bienes puede trasladarse la no afección a los **bienes subrogados** por declaración del interesado.

- El emprendedor de responsabilidad limitada viene obligado a formular (y en su caso auditar) cuentas anuales. Y a depositarlas en el RM, perdiendo entretanto incumpla este depósito el beneficio de la limitación de responsabilidad.

Los **TRÁMITES** para la inscripción registral del ERL se podrán realizar mediante el sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresa (CIRCE) y el Documento Único Electrónico (DUE):

. En el Punto de Atención al Emprendedor (PAE) se cumplimentará el DUE y se aportará la documentación necesaria para la inscripción en el RM y en el RP.

. El PAE envia el DUE junto con la documentación correspondiente al RM, solicitando la inscripción del ERL

El RM contará con 6 horas hábiles para practicar la inscripción y remitir telemáticamente al sistema de tramitación del CIRCE certificación de la inscripción practicada, que la trasladará a la autoridad tributaria.

El registrador mercantil solicitará, respecto de los bienes inembargables por deudas profesionales y empresariales, la inscripción de esta circunstancia en el RP, aportando certificación.

. El RP practica la inscripción. Cuenta con 6 horas hábiles para practicar la inscripción y remitir telemáticamente al sistema de tramitación del CIRCE certificación de la inscripción practicada, que la trasladará a la autoridad tributaria.

En todo el momento el emprendedor podrá conocer, a través del PAE, el estado de la tramitación.

# **EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL POR PERSONAS CASADAS**

El régimen jurídico parte del principio de autonomía de la voluntad, pues según el **art 12** las disposiciones que ahora veremos podrán ser alteradas por las capitulaciones debidamente inscritas en el RM.

Este régimen legal comienza en el **art 6**

**En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos por esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.**

Entiende VICENT CHULIÁ que debe ser el cónyuge comerciante el que pruebe que se trata de bienes resultas del comercio pues prevalece la presunción de ganancialidad del art. 1361 Cc. CAMARA sostiene lo contrario

Este precepto es criticado por la generalidad de la doctrina por ser mejor la posición del deudor comerciante que la del deudor civil (1365.2).

Todavía más (opinión doctrinal): LA CONSTANCIA EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LA EXPRESA OPOSICIÓN al ejercicio del comercio por el otro cónyuge puede erigirse en ALTERNATIVA VENTAJOSA FRENTE AL PACTO capitular DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Esta diferencia se ve atenuada por unas **presunciones:**

(art 7) Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando se ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo.

(art 8) También cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro.

- **Bienes propios del cónyuge no comerciante**. Para obligar a estos bienes el consentimiento deberá ser expreso en cada caso. Art 9.

**- Revocación del consentimiento.** El cónyuge del comerciante podrá  revocar libremente el consentimiento expreso o presunto a que se refieren los artículos anteriores. Art 10.

**- Forma del consentimiento, oposición y revocación.** Deberán constar a efectos de tercero en escritura pública inscrita en el Registro mercantil, sin que la revocación afecte a los derechos adquiridos con anterioridad.

# **MENORES E INCAPACES**

La “**capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio”** que exige el art. 4 CCo, según Sánchez Calero es necesaria para ser comerciante. Pero Garrigues entiende que solo se refiere a la capacidad para ejercer el comercio.

Este distinto criterio tiene relevancia en relación a los **menores de 18 años e incapacitados,** a quienes el art 5 CCo autoriza para ***continuar****, mediante sus guardadores, el* ***comercio que hubieran ejercido sus padres o causantes****. Si los* ***guardadores*** *carecieran de capacidad legal, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más* ***factores*** *con las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio*.

**-** SANCHEZ CALERO entiende que este artículo sólo alude a la continuación, pero no a la iniciación del comercio.

- GARRIGUES estima que pueden iniciar una actividad mercantil a través de sus representantes (sin perjuicio de la pertinente autorización judicial, por tratarse de un acto inscribible en el Registro Mercantil, art 271. 2 Cc).

# **EL EMPRESARIO PERSONA JURÍDICA**

El art. 1 CCo señala:

**Son comerciantes para los efectos de este Código:**

**Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.**

**Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.**

La sociedad mercantil es una persona jurídica de tipo asociacional cuya mercantilidad la diferencia de la sociedad civil. El art 116 CCo dispone:

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

**Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.**

 Este precepto ha de conciliarse con el art. 1670 Cc:

**Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código.**

GARRIGUES y BROSETA consideran que el CCo establecía un criterio formal para determinar la mercantilidad luego derogado por el CC (lex posterior), que establece un criterio material (exigiendo que la sociedad desarrolle una actividad mercantil). Y que la LSC (sólo en su ámbito –SC-) vuelve al sistema formal puro: “Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil” (art 2 LSC).

Ahora bien:

\* La jurisprudencia rechaza las sociedades mercantiles (por el objeto, vg. una sociedad civil cuyo objeto sea «la actividad de comercio al por mayor de materiales de construcción») con forma civil (RDGRN 29 noviembre de 2013). Pues la simple voluntad de los socios NO puede eludir las normas imperativas de Derecho Mercantil dictadas **en interés de terceros o del tráfico (**las que regulan los órganos sociales, la responsabilidad, la prescripción o el estatuto del comerciante -contabilidad-). Constituiría una sociedad mercantil irregularmente constituida (sociedad mercantil irregular, tesis de GIRÓN)

\* La [Propuesta de Código-Mercantil](http://notin.es/wp-content/uploads/2014/07/83-propuesta-codigo-mercantil.pdf) -del año 2013- incluye dentro de los operadores del mercado a las personas jurídicas que, **cualquiera sea su naturaleza y objeto**, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código.

**CASOS ESPECIALES**

\* Las cooperativas y las mutuas pueden tener carácter mercantil.

(SC) *«cuan­do se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad»* (art. 124 Cco, «actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios» -art 4 LGC-).

(M) Las mutuas de seguros se caracterizan porque los mutualistas ostentan la doble condición de socios y de asegurados. Solo son mercantiles *cuando actúan a prima fija* –no variable- (art. 124 Cco).

\* Las sociedades de garantía recíproca (de base mutualista como las cooperativas y mutuas) tienen siempre ca­rácter mercantil (art. 4 Ley 11 de marzo 1994, Régimen Jurídico Sociedades de Garantía Recíproca).

# **EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL POR ASOCIACIONES**

Las *asociaciones,* incluso las de utilidad pública, pueden desarrollar una actividad empresarial.

Generalmente de forma marginal, pero también **de modo princip­al o aun exclusivo** (siempre con carácter instrumental respecto de los fines de la asociación). Aun entonces la asociación **no podrá inscribirse en el Registro Mercantil (**principio de *numerus clausus* de los suje­tos inscribibles, art. 16 Cco).

La obtención de beneficios no es incompatible con la asociación. Lo que **la Ley prohíbe es que esos beneficios se repartan** entre los asociados en lugar de destinarse a los fines de la asociación (art. 13 LO 22 de marzo 2002, reguladora del Derecho de Asociación).

Si los resultados de su actividad empresarial se reparten entre sus asociados devendrá sociedad irregular.

En todo caso las asociaciones, ejerzan o no actividad empresarial, resultan sujetas a determinadas obligaciones documentales y contables:

Deberán llevar contabilidad (art. 14.1 LA).

Sus cuentas anuales se deberán aprobar anualmente por la asamblea general (art. 14.3).

# **Y POR FUNDACIONES**

La LF 1994 introdujo la posibilidad, conforme a la doctrina (Valerio Agúndez: la fundación como “empresaria” y López Jacoiste), de que las fundaciones desarrollaran actividades económicas, posibilidad también contemplada en la Ley 26 Diciembre 2002, que contiene las ss reglas (Art. 24-26):

Las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas relacionadas con los fines fundacionales, con sometimiento a las reglas de defensa de la competencia. También a través de su participación en sociedades:

. Sólo pueden participar en sociedades mercantiles en las que NO se responda personalmente de las deudas sociales (con obligación de comunicarlo al Protectorado) cuando la participación sea mayoritaria.

. Cuando realicen actividades económicas, la contabilidad deberá ajustarse a lo dispuesto en el CCo.

. Deberán destinar el 70% de los ingresos netos a los fines fundacionales (lo que excluye que ese por­centaje de beneficios pueda ser reinvertido para la expansión de su concreta actividad empresarial), debiendo destinar el resto al incremento de la dotación o reservas según acuerdo del Patronato (Art 27).

# **REFERENCIA A LAS COMUNIDADES DE BIENES**

La Comunidad de Bienes es un contrato civil por el cual la propiedad de una cosa o de underecho pertenece pro indiviso a varias personas. En el ámbito empresarial supone que dos o más personas ponen en común bienes o dinero para ejercer una actividad económica.

Se trata de un **patrimonio empresarial** que podrá tener **un nombre** (seguido por las siglas *C.B.), pe*ro **que no tiene personalidad** jurídica independiente. De ahí que los comuneros respondan de las obligaciones contraídas por la C.B. de forma personal, solidaria e ilimitada (pero el comunero que haya pagado la deuda total podrá repercutirla a los demás en proporción).

No requieren de capital mínimo y son suficientes dos comuneros para constituir una C.B

Puede formalizarse en contrato privado (salvo que se aporten bienes inmuebles en cuyo caso requiere EP), en el que determinen su nombre, domicilio, aportaciones, actividad, forma en que van a administrar la empresa y cualesquiera otros pactos que estimen convenientes. Este contrato se debe registrar **en la Agencia Tributaria**:

Solicitar CIF y liquidación exenta en “Operaciones Societarias”.

Las CB son sujetos pasivos a efectos de IVA e Impuesto Actividades Económicas. También a efectos laborales. No en cambio a efectos del Impuesto de Sociedades (**los comuneros tributarán vía el IRPF** individual de cada uno de ellos).