

## NOCIONES DE DERECHO MERCANTIL

### 1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: INTRODUCCIÓN. NOCIÓN DE COMPETENCIA. NOCIÓN FUNCIONAL DE EMPRESA. TIPOLOGÍA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA. LA CORRECCIÓN EN EL TRÁFICO Y REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA. LA COMPETENCIA DESLEAL: SIGNIFICADO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL, ESTRUCTURA DEL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL, TIPOLOGÍA DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL, LA LLAMADA “CLÁUSULA GENERAL”, SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL, TIPIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

La Ley 52 de 1999, de 28 de diciembre constituye la pieza central del sistema de defensa de la competencia y del mantenimiento de una estructura competitiva en el mercado español. Las prácticas PROHIBIDAS: Las prácticas en general se conciben como actos o hechos jurídicos, o conjunto de ellos, llevados a cabo por uno o varios empresarios que, por su significado y contenido económicos, se relacionan de modo directo o indirecto con la situación de libre competencia que debe existir en el mercado produciendo una alteración de la misma. Las prácticas pueden ser de diversas clases: Son prácticas prohibidas aquellas que siendo competitivas no se pueden ejecutar porque impiden, falsean o limitan la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional, o bien constituyen un abuso de la posición de dominio que en el mercado ostenta quien las lleva a cabo. Hay dos categorías de prácticas prohibidas: 1. Prácticas concertadas o colusorias y 2. Prácticas abusivas.

Son prácticas concertadas o colusorias todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que están prohibidas. Son prácticas abusivas son aquellas conductas competitivas mediante las cuales una o varias empresas, actuando de consuno, explotan su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional. La ley no prohíbe la existencia de monopolios ni oligopolios establecidos de *iure* o de *facto* en el mercado. Por el contrario, la ley se limita a prohibir aquellas conductas de tales monopolios u oligopolios que abusan de su posición de dominio en el mercado.

Las prácticas expresamente prohibidas en tanto que abusivas o concertadas son: 1. Fijación de precios u otras condiciones de transacción, 2. Limitación de la producción, distribución, inversión o el desarrollo tecnológico, 3. Reparto de mercados, 4. Prácticas discriminatorias en cuya virtud, para identidad de situación y de contrato, se aplican –a las diversas contrapartes- distintas cláusulas o condiciones derivándose de ello desigualdades que influyen o pueden influir negativamente en la situación empresarial de los terceros discriminados, 5. Contratos vinculados, conducta ésta muy frecuente, en cuya virtud se subordina por parte del empresario predominante la conclusión de un contrato con un tercero débil a la aceptación por su parte de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guardan relación con el contrato originario o principal, 6. La ruptura, incluso parcial y sin mediar preaviso escrito y preciso comunicado con seis meses de anticipación, de una relación comercial preexistente, salvo que medie incumplimiento grave de la contraparte o causa de fuerza mayor, 7. La obtención o el intento de

obtención, mediando amenaza de ruptura de las relaciones empresariales, de condiciones comerciales más favorables de aquellas que se tengan pactadas por medio de condiciones generales. Estas condiciones más favorables pueden referirse a precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y cualquier otro extremo de cooperación comercial.

Las sanciones que el legislador prevé para las prácticas prohibidas y sus ejecutores son de dos diferentes categorías: a) Sanciones civiles: responsabilidad de los autores por daños y perjuicios ocasionados a terceras personas; b) sanciones administrativas que consistirán sustancialmente en multas coercitivas.

Las conductas AUTORIZADAS son todos los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas legales. Y son conductas AUTORIZABLES aquellas que, incurriendo por su naturaleza o contenido en algunas de las prohibiciones establecidas y sin ser calificables como autorizadas, resultan susceptibles de autorización por los órganos administrativos competentes, atendiendo a razones de interés económico o a su escasa importancia económica. Tras su autorización, la práctica autorizable se convierte en práctica autorizada. Las conductas autorizables pueden ser de dos tipos: a) conductas autorizadas singulares: Son aquellas que a pesar de reunir las condiciones de las prácticas prohibidas, son autorizadas de modo específico y directo, para cada caso concreto, por el Tribunal de Defensa de la Competencia; b) conductas autorizadas mediante una exención por categoría: Son aquellas que forman parte, en virtud de sus características, de una determinada clase o categoría de acuerdos, decisiones o conductas cuya realización, no obstante ser restrictiva, es autorizada de modo general por el Gobierno mediante la promulgación de un determinado Reglamento de exención (p. ej. muchos casos de exclusivas comerciales o franquicias).

El control de las concentraciones económicas: Entre los procedimientos de concentración mencionados expresamente por la ley se incluyen los siguientes: 1. La fusión de dos o más sociedades anteriormente independientes, 2. La toma de control por un empresario de la totalidad o parte de una empresa por cualquier otro modo distinto de la fusión –adquisición de acciones, designación de la mayoría de miembros del órgano de administración, pacto de sindicación o de grupo, etc.- 3. La creación de una empresa común entre dos o más empresas independientes. Las operaciones de concentración han de ser obligatoriamente notificadas, cuando concurra en ellas algunas de estas circunstancias: a) adquisición o incremento a resultas de la concentración de una cuota de mercado relevante de producto o de servicio equivalente al 25 por 100 del mercado geográfico español o de un mercado geográfico definido dentro del mismo –local, provincial, regional, suprarregional-; b) cifra de ventas conjunta de los empresarios partícipes en la operación de concentración superior en el último ejercicio contable a los 40.000 millones de pesetas, siempre que al menos dos de los partícipes posean en España una cifra de ventas superior a los 10.000 millones de pesetas. La notificación de la operación de concentración conforme a su nueva disciplina no depende, por consiguiente, del riesgo o posibilidad inherente de creación de una posición de dominio en todo o en parte del mercado español para un producto o servicio en concreto como consecuencia de la concentración. Por el contrario, son criterios puramente cuantitativos los determinantes de la obligación de notificar.

El Tribunal de Defensa de la Competencia: El TDC es un órgano administrativo que ejerce funciones de dicha índole susceptibles siempre de revisión judicial en vía contencioso-administrativa. Aparentemente adopta el aspecto y el rito de los tribunales de justicia, pero ni sus atribuciones ni su esencia son compatibles con una calificación judicial de su naturaleza. No es un órgano del poder judicial. Está integrado por un presidente y 8 miembros designados por el Gobierno. El Servicio de Defensa de la

Competencia: El SDC es el órgano administrativo propiamente dicho y sin facultad resolutoria alguna –a diferencia del TDC- al servicio de la aplicación de la LDC (Ley de Defensa de la Competencia). Sus funciones son sustancialmente dos: servir de instrumento administrativo de actuación al TDC, así como al Ministerio de Economía; de otra, llevar el RDC (Registro de Defensa de la Competencia) al que se alude más adelante. En la primera de sus funciones el SDC instruye expedientes de presuntas infracciones de la LDC bien de oficio, bien a instancia de parte interesada, y en el seno de los mismos recibe declaraciones y realiza las investigaciones pertinentes. También abre periodos de prueba y realiza éstas. El expediente se concluye con un informe propuesta de resolución dirigida al TDC.

El Registro de Defensa de la Competencia (RDC) tiene una gestión encomendada al SDC. El RDC es público y en él se inscriben los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que el TDC haya autorizado y los que haya prohibido total o parcialmente. También se inscribirán las operaciones de concentración de empresa sometida a control público.

La represión de la competencia desleal: a) Marco legislativo: En materia de defensa de la competencia leal, el ordenamiento jurídico ha sido objeto de una amplia reconstrucción; la agilidad y eficacia de los nuevos instrumentos está aún pendiente de comprobación, pero mientras tanto cabe afirmarse que se han establecido las bases normativas suficientes para que la tutela de la lealtad competitiva alcance cotas idénticas a las que ha podido alcanzar la tutela de su pareja, esto es de la libertad de competencia. La nueva situación es fruto directo de la reciente promulgación de la LCD, cuya ámbito de aplicación es cualquier acto de competencia desleal prohibido expresamente por ésta. La prohibición se lleva a cabo de conformidad con los siguientes criterios: 1. Objetivamente, la LCD se aplica a los comportamientos competitivos de carácter desleal siempre que se realicen en el mercado y con la finalidad de competir en su seno. Los comportamientos pueden ser singulares con ocasión de un específico contrato u operación –lo que dará origen aun acto desleal- o permanentes y estructurales en la medida en que se vinculan con una actividad competitiva permanente y constante –lo que dará origen a situaciones de competencia desleal-. El carácter competitivo de los comportamientos es presumido por la Ley cuando resulten objetivamente idóneos para la colocación o promoción de bienes o servicios en el propio mercado. 2. Subjetivamente la prohibición de deslealtad se extiende a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado: empresarios propiamente dichos, pero también entes o corporaciones públicos, fundaciones, etc. 3. Territorialmente la prohibición de deslealtad es de aplicación a cualquier acto que produzca o pueda producir efectos sustanciales en el mercado español. Consiguientemente, incluso actos realizados fuera de España pero con trascendencia en el mercado español, quedan sometidos a la prohibición legal.

La cláusula general prohibitiva de la competencia desleal se formula en el ordenamiento español así: “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de buena fe”, esto es, actos contrarios a los usos honestos en materia industrial o comercial. Los actos concretos de deslealtad competitiva son: 1. Confusión –o mero riesgo de ella- respecto de la actividad, las prestaciones o el establecimiento de alguno o los restantes competidores; 2. Engaño constituido por la utilización o difusión de indicaciones confusas, incorrectas o falsas así como omisión de las verdaderas, siempre que sea susceptible de inducir a error sobre la naturaleza, fabricación, distribución, características, utilización, calidad, cantidad y ventajas de los productos o servicios a los que los datos engañosos se refieren; 3. Denigración: se denomina así la realización de aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaz de desacreditar el establecimiento, los productos, la actividad empresarial o las relaciones mercantiles de un competidor, de las cuales se

deriva un menoscabo de su crédito en el mercado; 4. Actos de imitación y de explotación de la reputación ajena: si bien la imitación es permitida, ciertos supuestos incurren deslealtad. En particular la sistemática y continua imitación de las iniciativas, productos y servicios ajenos, el uso indebido de los bienes ajenos de propiedad industrial –concretamente los signos distintivos- y la falsa indicación de procedencia geográfica o empresarial; 5. Violación de secretos: la violación de secreto industrial legítimamente adquirido bajo deber de reserva; mediante este acto se sanciona la práctica conocida como espionaje industrial; 6. Desviación de dependientes y contratantes: es la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y otros obligados a la infracción e incumplimiento de contratos previamente celebrados con un competidor en beneficio comercial para el empresario inductor; 7. Violación de normas: es desleal toda ventaja competitiva adquirida por un empresario presente en el mercado mediante la infracción de una norma no necesariamente disciplinadora de la competencia desleal: las infracciones en materia fiscal de licencias o autorizaciones para operar, higiene y seguridad, etc., en la medida en que reducen costos o facilitan el acceso al mercado, son constitutivas de deslealtades permanentes y estructurales; 8. Discriminación: sin causa justificada y basada en la debilidad o dependencia económicas, de consumidores o empresarios por parte de un empresario presente en el mercado. Al respecto, y como regla básica ha de entenderse que la discriminación sólo existirá cuando, para igualdad de situaciones, se adoptan conductas empresariales desiguales; 9. Precios predatorios: supone esta deslealtad la práctica por parte de un competidor de precios inferiores a sus costes o al de adquisición cuando tengan algunas de las finalidades marcadas por la ley: inducir a error a los consumidores, desacreditar productos o establecimientos ajenos y formar parte de una estrategia encaminada a eliminar a otro competidor o grupo de competidores; 10. Contratos vinculados: la subordinación absoluta y total de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto del contrato principal se reputa desleal cuando induce a error al consumidor acerca de los niveles de precios efectivos. Lo mismo debe aplicarse al caso de contratación vinculada respecto de un co-contratante débil.

2. EL DERECHO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: EL DERECHO DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS. LA MARCA: CONCEPTO Y FUNCIONES, CLASES DE MARCAS, ADQUISICIÓN DEL DERECHO SOBRE LA MARCA, CONTENIDO DEL DERECHO, DURACIÓN Y RENOVACIÓN, LA MARCA COMO OBJETO DE DERECHOS, NULIDAD Y CADUCIDAD. EL DERECHO DE LAS CREACIONES INDUSTRIALES (LAS PATENTES): EL DERECHO DE PATENTES, FUNCIONES Y FINALIDAD, CONCEPTO DE PATENTE, OBJETO DE LA PATENTE: INVENCION PATENTABLE Y REQUISITOS OBJETIVOS DE PATENTABILIDAD, REQUISITOS SUBJETIVOS DE PATENTABILIDAD. DERECHOS DEL INVENTOR E INVENCIONES LABORALES. REQUISITOS FORMALES DE PATENTABILIDAD. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA PATENTE. EFECTOS Y CONTENIDO DE LA PATENTE.

La propiedad especial sobre las invenciones y creaciones industriales. Las PATENTES: 1. Concepto de patente: Por patente hay que entender el derecho de propiedad especial que el titular registral de una invención –generalmente pero no necesariamente el inventor- ostenta sobre la innovación registrada; este derecho de propiedad le habilita para la explotación exclusiva de la innovación en cuestión durante un periodo de tiempo fijado por la ley. 2. Objeto de las patentes: Las patentes tienen por objeto una invención, esto es, una innovación en el campo del conocimiento humano. Sin embargo, no entiende la Ley de Patentes, que cualquier invención, cualesquiera que sean su ámbito técnico o industrial, su utilidad y su envergadura, pueda ser objeto de una patente. En efecto, ciertas características han de ser reunidas

por las invenciones para que éstas den origen o constituyan el objeto de una futura patente; tales características o requisitos intrínsecos de la innovación se reservan para la categoría de las invenciones industriales. Esta categoría de innovaciones se caracteriza, de una parte, por reunir los denominados requisitos positivos de patentabilidad; de otra, por no estar excluida su patentabilidad expresamente por la LP, es decir, carecer de requisitos negativos de patentabilidad.

Los requisitos positivos de patentabilidad son tres: novedad, actividad inventiva y aplicación industrial (o agrícola). Su significación jurídica es como sigue: a) Novedad implica que la invención para la que se pretende obtener la patente no se encuentra comprendida en el denominado "estado de la técnica", el cual está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de la patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio; b) la actividad inventiva es un requisito de corte subjetivo si se compara con el anterior y, en última instancia, implica la exigencia de que la innovación a patentar haya sido fruto de la conducta investigadora expresa o implícita llevada a cabo por el inventor. No obstante este carácter subjetivo, la LP fija una pauta objetivadora de la apreciación: la invención implicará actividad inventiva si dicha invención no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia; c) la aplicación industrial es un requisito que resulta satisfecho por toda invención que tenga por objeto un producto o procedimiento susceptible de ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola.

Por requisitos negativos de patentabilidad se entienden aquellas características o circunstancias que la ley considera como excluyentes bien de la condición de invención por parte de la innovación cuya patente se pretende, bien de la posibilidad de patentar una invención aun cuando en ella se den apriorísticamente los requisitos positivos de patentabilidad. Estos requisitos negativos se agrupan en dos grandes apartados: 1. Innovaciones que no son consideradas invenciones patentables por la LP: los descubrimientos, las teorías científicas, los métodos matemáticos, las obras científicas y los bienes de propiedad intelectual sin distinción; los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos y para actividades económico-comerciales; los programas de ordenadores; la forma de presentar informaciones; los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal y los métodos de diagnóstico aplicados a los mismos. Porque este tipo de innovaciones adolecen de aplicación industrial, lo que es discutible: los programas de ordenadores y la robótica poseen una decidida aplicación industrial y ella suele ser la causa de su confección. 2. A pesar de su condición de invenciones que reúnen los requisitos positivos, la ley prohíbe la patentabilidad de: las contrarias al orden público y las buenas costumbres, las nuevas variedades vegetales susceptibles de protección legal, las razas animales y los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o animales. Los procedimientos microbiológicos de obtención de tales animales o vegetales sí son patentables.

La concesión de la patente a una persona determinada es fruto de un procedimiento – eminentemente, aun cuando no exclusivamente administrativo- que se inicia, desde el punto de vista jurídico con una solicitud formulada ante la OEPM (Oficina Española de Patentes y Marcas) por parte de la persona a la que la patente le será concedida o por un mandatario de la misma. El solicitante hará en castellano una solicitud que contendrá cinco documentos: instancia o solicitud propiamente dicha, descripción del invento o memoria descriptiva, reivindicaciones, dibujos que acompañen a la descripción y resumen de la invención. Una vez analizado por la OEPM el contenido de la solicitud presentada al amparo de procedimiento general y superada esta etapa satisfactoriamente, el solicitante deberá pedir la elaboración de un "informe sobre el

estado de la técnica” en un plazo máximo de 15 meses desde la presentación de la solicitud; este documento es revestido por la LP de una importancia capital en el procedimiento de concesión de la patente. A partir del mismo se lleva a cabo el examen previo de los requisitos de patentabilidad y se concede la patente.

Derechos atribuidos por la patente: El derecho de propiedad especial atribuido por la patente engloba las siguientes posiciones jurídicas básicas: 1. Derecho moral del inventor, o derecho del inventor a ser reconocido públicamente como tal con independencia de la persona que lo solicite –y obtenga- la patente sobre el invento en cuestión, 2. Derecho patrimonial del titular o, con mayor precisión, conjunto de derechos de dicha naturaleza atribuidos al titular por el ordenamiento que son: a) derecho a impedir la fabricación o manufactura de productos amparados por la patente o la utilización del procedimiento patentado, b) derecho a impedir el ofrecimiento u oferta del producto objeto de la patente, c) derecho a impedir la introducción en el comercio, comercialización o circulación mercantil, del producto objeto de la patente, d) derecho a impedir la utilización del objeto de la patente, e) derecho a impedir la importación o posesión de los bienes objeto de la patente siempre que algunas de las mencionadas operaciones se efectúe para producir alguna de las conductas hasta ahora citadas y que pueden ser objeto de impedimento por parte del titular; f) derecho a impedir la circulación, entre personas no autorizadas, de elementos de difícil obtención en el mercado que resulten esenciales para la explotación del invento; g) derecho a adicionar a la patente: supone la facultad del titular de una patente en vigor, de proteger las innovaciones que la desarrollen o perfeccionen. Los perfeccionamientos en cuestión son protegidos mediante las denominadas adiciones a la patente; éstas, para ser obtenidas, habrán de ser objeto de una solicitud independiente de a que en su momento se efectuó en relación con la patente que perfeccionan; h) derecho al beneficio de pobreza: de carácter relativo y sólo reconocido al inventor sin recursos económicos, este derecho le permite solicitar la patente sin satisfacción de tasa alguna ni en el acto de solicitud ni en el procedimiento de concesión ni en los tres años sucesivos a la concesión, sólo a partir de los tres años siguientes a la concesión de la patente.

Obligaciones del titular de la patente: Son tres: explotar la patente y pagar las correspondientes anualidades, soportar el secreto de la patente cuando fuera así declarada aquella de la que resulta titular.

La circulación de la patente: Las patentes, en cuanto que objeto de un derecho de propiedad especial y bienes inmateriales, son susceptibles de circular *inter vivos* o *mortis causa*, así como de constituir objetos adecuados de numerosos derechos reales: la cosificación de las patentes, con independencia de que su explotación origine cosas distintas de la propia patente igualmente susceptibles de circular, las convierte en objetos *a se* del tráfico jurídico. La ley –y no meramente la LP- contempla numerosas operaciones sobre las patentes y establece algunos rasgos comunes mínimos para que las operaciones surtan todos los efectos apetecidos por las artes dada su condición de bienes inmateriales u objetos de una propiedad especial. Las operaciones de tráfico son: 1. Cesión: supone la transmisión definitiva de la titularidad de la patente efectuada en favor de un tercero por su titular registral. 2. Copropiedad o cotitularidad de la patente: se produce cuando la patente pertenece *pro indiviso* a varias personas, las cuales, en orden a su explotación, han de constituir una comunidad de propietarios dotada de rasgos particulares señalados por la propia LP. 3. Usufructo: en relación con él las disposiciones del cc son plenamente aplicables.

Las operaciones mencionadas y cualesquiera otras que sobre la patente pueda imaginar el ingenio humano han de conformarse a ciertas disposiciones legalmente previstas en orden a la producción de todos sus efectos: 1. El objeto de las

operaciones –la patente- resulta indivisible incluso en los casos en que sobre ella exista una copropiedad; 2. La validez de los contratos inter vivos requiere que se celebren por escrito y deberán revestir la forma documental pública; 3. Para que surtan efectos frente a terceros, los mencionados negocios deberán ser inscritos en la OEPM y formalizarse en instrumento público (escritura notarial, acta judicial) para los efectos *erga omnes*.

La licencia de Patente es un contrato en cuya virtud el licenciante, no obstante conservar su condición de titular de la patente, autoriza, mediando una remuneración por un periodo de tiempo establecido, al licenciataria para que ejercite todas o algunas de las facultades que como titular de la patente el ordenamiento le atribuye. Es un contrato oneroso y pactado por un cierto tiempo. Las obligaciones generalmente adquiridas por las partes al amparo de un contrato de licencia son: a) Por el licenciado o licenciataria: pago del canon o regalía contractualmente fijado, explotación de la patente licenciada, custodia o conocimiento de secretos transmitidos por el licenciante para facilitar la explotación de la patente; b) Por el licenciante: transmisión del Know-how referente a la patente licenciada, afrontar la responsabilidad en que hubiera podido incurrir por falta de titularidad de lo licenciado, carencia de facultades para licenciar o por daños causados a terceros por los defectos inherentes a la invención.

Tres son las clases principales de licencia de patente regladas por la LP: 1. Licencia contractual o voluntaria (libre autonomía de las partes), 2. Licencia de pleno derecho (se otorga tras el ofrecimiento público y registral del contrato de licencia por parte del titular de la patente cuya licencia pretende contratarse con cualquier tercero, 3. Licencia obligatoria: es aquella otorgada por la OEPM y obligatoria para el titular de la patente licenciada cuando éste hubiera incumplido la obligación de explotarla.

La extinción de las patentes: La patente se extingue por expiración del plazo legal de concesión fijado en 20 años a partir de la fecha de su solicitud; también se extingue por nulidad de la patente por falta de validez o inexistencia absoluta al no reunir los requisitos; igualmente se extingue por caducidad (falta de pago en el tiempo oportuno, por falta de explotación) y por renuncia manifestada por el titular de la patente al no querer continuar con la propiedad del invento patentado manifestado expresamente.

El DISEÑO INDUSTRIAL (Ley 20 de 2003) es la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se derive de las características de las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación. El registro de los diseños es voluntario y de efectuarse se hace en el Registro de Diseños e la OEPM, así se obtiene la protección industrial del diseño; para que pueda registrarse se requiere novedad y carácter singular. El registro posee una duración inicial de cinco años renovable hasta los veinticinco años.

La tutela de los signos distintivos de los productos o servicios de los empresarios: LA MARCA: a) Concepto y clases: Marca es todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras. Las funciones económicas –además de la función distintiva de unos productos o servicios respecto de los idénticos o similares que puedan ser encontrados en el mercado- son las tres siguientes: función atributiva de calidad a los productos, función condensadora o catalizador de “good will” empresarial de la persona que la utiliza para distinguir sus productos con ellas y función publicitaria. La clasificación de las marcas depende de varios criterios: 1. Por su configuración: marcas denominativas (el signo distintivo está integrado por palabras o combinaciones de palabras, las cuales siendo nombres o no sirven para identificar a personas físicas o jurídicas), marcas gráficas (el signo distintivo está integrado por imágenes, figuras, símbolos o gráficos), marcas tridimensionales (compuestas por el mero envoltorio o envase en el que el producto es ofrecido al público consumidor), marcas mixtas (el

signo distintivo puede combinar los anteriores) y marcas sonoras. 2. Por el objeto designado: pueden ser marcas de productos, marcas de servicios, marcas industriales, marcas comerciales. 3. Por la naturaleza de su titular: son las marcas individuales y las marcas colectivas. 4. Por su función económico-empresarial: son las marcas principales, marcas derivadas, marcas de garantía, marcas defensivas, marcas de reserva. 5. Por su difusión: marcas notorias y marcas renombradas.

b) Objeto: contenido y prohibiciones: El objeto de la marca es el signo distintivo de la clase que fuere sobre el que se concede un derecho de uso exclusivo por parte de la OEPM para designar un determinado tipo de bienes o servicios. Aquello en lo que el signo distintivo consiste (su topografía) es el objeto de la marca: la materialidad del signo: palabras, letras, números, ilustraciones, gráficos, volúmenes, etc. que lo componen. Todo empresario tiene libertad de elegir un determinado signo distintivo, pero hay algunas prohibiciones: signos que carezcan de fuerza distintiva, signos que puedan inducir a error público, signos que resulten contrarios al uso privativo del estado y sus dependencias administrativas (bandera, escudo, condecoraciones, etc.), signos idénticos o semejantes a una marca anteriormente registrada y que induzcan a error o confusión en el mercado, signos que sean contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

c) Adquisición de la marca: procedimiento y supuestos: se adquiere exclusivamente mediante su concesión con ocasión de la inscripción de la misma en la OEPM. Los derechos del titular de la marca al registrarla son el uso exclusivo en el tráfico económico para identificar los bienes y servicios que ofrece, para comercializarlos y para publicitarlos, derecho a prohibir a terceros su utilización sin permiso en el tráfico económico, derecho de renovación de la marca cada diez años. Las obligaciones del titular de la marca registrada es la de utilizarla, pagar las tasas y la obligación de renovarla.

La marca como objeto de negocios jurídicos, al igual que la patente y los demás bienes de propiedad industrial, es objeto de contratos y obligaciones y demás operaciones jurídicas como, por ejemplo la cesión; son igualmente susceptibles de embargo, gravamen, ejecución e hipoteca inmobiliaria. La marca se extingue por razones semejantes a las de las patentes como la nulidad, anulabilidad, caducidad, renuncia a la marca por el titular.

**El NOMBRE COMERCIAL:** Es una modalidad de propiedad industrial configurada como un apéndice de las marcas. Es el signo o denominación que sirve para identificar la empresa del titular del signo distintivo. El nombre comercial no tiene por qué coincidir con el nombre civil. Su disciplina es la misma aplicable a las marcas. El nombre comercial es necesario inscribirlo en la OEPM para otorgarle a su titular el derecho de uso exclusivo del signo distintivo. Por otra parte, el nombre comercial es libremente transmisible por su titular.



### 3. TEORÍA GENERAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y SOCIEDADES PERSONALISTAS: PLANTEAMIENTO GENERAL. CONCEPTO LEGAL DE SOCIEDAD MERCANTIL: NOCIÓN DE SOCIEDAD, CRITERIOS DE MERCANTILIDAD DE LAS SOCIEDADES, TIPOLOGÍA DE SOCIEDADES MERCANTILES, ASPECTO JURÍDICO-NEGOCIAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: LA SOCIEDAD COMO CONTRATO PLURILATERAL Y DE ORGANIZACIÓN. FORMA Y PUBLICIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

El contrato de sociedad: siempre que una pluralidad de personas se agrupa para, mediante una determinada organización, alcanzar un fin común a todas ellas, podemos decir que nos encontramos ante una asociación, entendido este término en sentido amplio. Dentro del fenómeno asociativo son diferentes las asociaciones de las sociedades (que tienen una causa lucrativa). Sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común bienes o industria con el ánimo de partir las ganancias. Del contrato de sociedad nace un ente colectivo que afecta a los intereses de sujetos extraños al propio contrato. Sin embargo, en determinadas condiciones, el Derecho reconoce la presencia de una organización o ente a pesar de no haber existido un contrato de sociedad. Así sucede en relación con las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, cuya constitución puede realizarse tanto mediante un convenio como mediante un negocio jurídico unilateral (pueden ser unipersonales, con un único socio).

Los elementos esenciales del contrato de sociedad son el consentimiento de las partes, el objeto y la causa. El consentimiento de las partes ha de estar libre de todo vicio –error, dolo, violencia, intimidación- y ser prestado por quien tenga capacidad suficiente y, si no se tiene (menores e incapaces), por quien legalmente los represente. En cuanto al objeto, hay que distinguir el objeto del contrato de sociedad (aportaciones de bienes, de industria o trabajo<sup>1</sup>) con el de la sociedad (la actividad lícita y posible que se va a desarrollar). La causa es el fin o finalidad típica y constante que persiguen las partes y que sirve al derecho para diferenciar los distintos tipos de contratos. Es nulo el pacto que excluya a uno o más socios de toda participación en los beneficios obtenidos (prohibición del llamado “pacto leonino”).

Conviene tener bien claro que el contrato de sociedad posee una naturaleza muy especial: se caracteriza porque las prestaciones de cada parte, es decir, las aportaciones que cada socio se compromete a realizar no se deben directamente frente a los demás, sino frente a la sociedad, que es la verdadera acreedora. En el contrato de sociedad no se aplica la excepción de contrato no cumplido (mediante la cual en los contratos con prestaciones recíprocas cada parte puede negarse al cumplimiento de lo pactado en tanto la otra no cumpla); tampoco es aplicable la llamada “condición resolutoria tácita” ante el incumplimiento de los otros socios; ni la nulidad, anulabilidad o imposibilidad objetiva de cumplir que afecten a uno o varios de los socios –siempre que no sean todos- no implican la nulidad, anulabilidad o disolución de la sociedad sino estrictamente del vínculo que une al concreto socio afectado con la sociedad.

Las formas sociales típicas mediante las cuales se desarrollan las actividades mercantiles o industriales, son: 1. La Regular Colectiva se caracteriza porque todos sus miembros responden personal, ilimitada y solidariamente entre ellos de las deudas sociales. Esta responsabilidad es, además, subsidiaria, ya que los acreedores sociales sólo podrán dirigirse contra el patrimonio particular de los socios una vez

---

<sup>1</sup> En las S.A. y de Responsabilidad Limitada no se pueden hacer aportaciones de industria o trabajo.

hecha excusión de los bienes de la sociedad. 2. La Comanditaria Simple es una derivada de la Colectiva y se caracteriza porque junto a los socios colectivos (responsables de las deudas sociales y que tienen encomendada la gestión de la sociedad) existen otros, los comanditarios, que no responden de las deudas de la sociedad y que no podrán intervenir de modo alguno en la administración de la compañía. 3. La Comanditaria por Acciones que presenta la doble peculiaridad de tener su capital dividido en acciones y de que, al menos uno de los socios, responderá de las deudas sociales como socio colectivo, quedando necesariamente a su cargo la administración de la sociedad. 4. La Sociedad Anónima tiene su capital –integrado por las aportaciones de los socios- dividido y representado en acciones, y los socios no responden personalmente de las deudas sociales. 5. La Sociedad de Responsabilidad Limitada cuenta con un capital dividido en participaciones que no pueden venir representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones. Sus socios, al igual que los de la S.A. no responden con su patrimonio particular de las deudas propias de la sociedad.

Los tipos de sociedades conocidos por el c. de comercio se suelen clasificar en sociedades de personas o individualistas en las cuales la participación se hace personal, es intransferible sin el consentimiento de los demás socios y la gestión de la sociedad se confía siempre a éstos (auto-organicismo) y en sociedades de capitales o colectivistas, por el contrario, las aportaciones de los socios y el capital pasan a primer plano: no interesa tanto la persona de los socios como la cuantía de su participación. De ahí que ésta sea, en principio, libremente transmisible y que los órganos sociales de administración no hayan de venir forzosamente constituidos por socios. Entre las sociedades personalistas se incluyen la sociedad colectiva y la comanditaria simple. El prototipo de sociedad capitalista es la S.A. En la comanditaria por acciones y en la de responsabilidad limitada predomina el carácter capitalista, si bien con presencia de elementos claramente personalistas.

Formalidades de constitución: las sociedades irregulares. La personalidad jurídica de las sociedades. La sociedad de hecho. Con independencia del problema de la forma del contrato de sociedad, lo cierto es que las compañías mercantiles deben inscribirse en el Registro Mercantil. Ello no obstante, la práctica demuestra que existen sociedades participantes de hecho en el tráfico económico mercantil, que adquieren derechos y contraen obligaciones, aun sin haber sido inscritas. Son las llamadas sociedades “irregulares”. No sería la solución jurídica aceptable declararlas inexistentes ya que sus obligaciones contraídas con terceros han de considerarse válidas y sus gestores deben responder solidariamente.

La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles se les reconoce una vez constituidas. La sociedad goza de una personalidad distinta a la de los socios que la componen y ella misma podrá ser titular de derechos y obligaciones, tendrá la consideración de comerciante, usará su propio nombre, tendrá un domicilio y una nacionalidad y será titular de un patrimonio propio con el que responderá de las deudas sociales. En el plano objetivo patrimonial, una de las consecuencias más relevantes del reconocimiento de la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles es la atribución a las mismas de un patrimonio distinto al particular de los socios. Se admite la existencia de autonomía patrimonial, de masas patrimoniales separadas. Ello conlleva la imposibilidad de que los acreedores particulares de los socios puedan dirigirse contra los bienes de la sociedad, ya que éstos quedan reservados a la garantía de los acreedores sociales. La autonomía patrimonial supone también que los socios no pueden disponer de los bienes aportados al patrimonio social ni proceder al reparto del haber social sin antes satisfacer o asegurar el derecho de los acreedores sociales.

Las sociedades de hecho: El contrato de sociedad puede venir como cualquier otro afectado de nulidad por vicios o defectos en el consentimiento, o por ser ilícitos su objeto o causa. Y aunque la sociedad sea nula no pueden considerarse nulos los contratos que ésta haya celebrado con terceros. Es por esto que surge la figura de la sociedad de hecho que, a pesar de estar afectadas de un vicio de nulidad o anulabilidad, han venido interviniendo efectivamente en el tráfico; se considerará a la sociedad válida hasta que los tribunales no declaren lo contrario, caso en el cual se procede a su liquidación: la nulidad judicialmente declarada actuará como causa de disolución de la sociedad.

La mercantilidad de las sociedades: atribuirle a una sociedad naturaleza mercantil supone reconocerle el carácter comerciante y sujetarla a su estatuto propio (normas sobre contabilidad, registro mercantil, quiebra y suspensión de pagos). La calificación de una sociedad como civil o mercantil no es tarea fácil y los criterios presentes en nuestro ordenamiento para determinar la mercantilidad de las sociedades no son específicos, pero se deducen éstos: 1. respecto de las S.A., de Resp. Ltda y Comanditarias por acciones rige el principio de la mercantilidad por la forma o el tipo: son mercantiles lo que les asegura su carácter de comerciantes, con independencia de que se dediquen o no a actividades mercantiles. 2. Con respecto a las sociedades colectivas y comanditarias simples no sirve el mismo criterio: sólo serán mercantiles y tendrá la consideración legal de comerciante si su objeto es de esa naturaleza. Las sociedades civiles no podrán ser calificadas como empresarios. Por lo tanto, una sociedad irregular o de hecho, que no se ha inscrito en el RM rige el criterio del objeto o actividad: si su objeto es mercantil la sociedad será mercantil y si no lo es, será calificada de civil.

El reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles les atribuye una nacionalidad que se toma en consideración por las normas de conflicto para determinar el derecho aplicable y la ley que las regirá en lo referente a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En nuestro sistema son españolas las sociedades domiciliadas y constituidas en España, mientras que son extranjeras las sociedades constituidas en otros países o domiciliadas fuera de España; las S.A. y de Resp. Ltda serán españolas cuando tengan su domicilio en España, cualquiera que sea el lugar donde se hubieran constituido. La nacionalidad de los socios no influye en la de las sociedades. Ahora bien, la inversión de capital extranjero en sociedades españolas se encuentra disciplinado en la Ley 18 de 1992 y en el Real Decreto 664 de 1999. Por último conviene recordar que las sociedades extranjeras, al igual que los empresarios individuales extranjeros pueden ejercer el comercio en España, rigiendo su ley nacional en lo que afecta a su constitución y capacidad para contratar, y la española en lo relativo al desarrollo de sus operaciones en territorio español.

#### 4. LA SOCIEDAD ANÓNIMA (GENERALIDADES): ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN. EL CAPITAL SOCIAL. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL CAPITAL. PROBLEMÁTICA DE LA FUNDACIÓN. SIGNIFICADO DE LA ACCIÓN. LOS ÓRGANOS SOCIALES. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Es el prototipo de la sociedad capitalista, la cual tuvo su gran desarrollo en los siglos XIX y XX por sus dos grandes rasgos: la división del capital en acciones que son fácilmente transmisibles y permiten la diversificación del riesgo, y la no responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad. La ley de 1951 se vio profundamente

modificada por la ley del 22 de diciembre de 1989 que ha tenido varias reformas ley de 1995, ley 37 de 1998, ley 50 de 1998, ley 55 de 1999, ley 44 de 2002, ley 26 de 2003. La nueva Ley Concursal Ley 22 de 2003, de 9 de julio, tendrá una repercusión relevante en el derecho de sociedades.

Con el régimen jurídico vigente la S.A. sigue desempeñando un papel preponderante en el ejercicio de la actividad económica, pero la imposición de un capital mínimo de 10'000.000 de pesetas junto a otras exigencias, ha llevado a preferir a las pequeñas y medianas empresas las de Resp. Ltda por ser más flexibles. Muchas S.A. se transformaron en SRL por no alcanzar el capital requerido y en la actualidad éstas últimas son un 90 por 100 de las sociedades mercantiles. El régimen jurídico de las SRL está inspirado en el de las S.A.

En las S.A. el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán individualmente de las deudas sociales. Capital y Acciones: Capital mínimo diez millones de pesetas, hoy veintiséis mil euros. La S.A. no tiene que ser anónima, pero sí tiene que ser por acciones. Ese capital cumple una función de garantía y debe ser el mínimo estable. El socio sólo arriesga lo que aporta o lo que se obliga a aportar, no responde personalmente de las deudas sociales, los terceros no tienen acción directa contra el socio. Sólo pueden recurrir a la vía subrogatoria y únicamente para exigirle los dividendos pasivos. La regla de la no responsabilidad se da incluso en el caso del accionista único. La S.A. tiene siempre carácter mercantil cualquiera que sea su objeto, por ello es siempre comerciante y se encuentra sometida al llamado estatuto del empresario.

Fundación de la S.A. Requisitos de forma y publicidad: 1. Escritura y Estatutos: La escritura es la forma exigida por el ordenamiento para expresar la voluntad de crear una S.A. Como esa voluntad negocial alcanza a las normas que van a regir a la sociedad como persona jurídica, los estatutos en que éstas se recogen, aunque respondan a un concepto distinto, son también necesarios y forman parte de la propia escritura, como una de sus menciones obligadas. El contenido de la escritura está fijado con carácter imperativo y es el siguiente: a) datos que identifican a la persona(s) física(s) o jurídicas que otorgan la escritura, b) voluntad de los otorgantes de constituir una S.A., c) las aportaciones de los socios con indicación del título a que se hagan y del número de acciones atribuidas en pago bien especificadas, d) la cuantía total o al menos aproximada de los gastos de constitución, e) los estatutos, f) la identidad de las personas físicas o jurídicas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la S.A. Por su parte, los estatutos deben contener: a) denominación de la S.A., b) el objeto social, determinando las actividades que lo integran (lícito, posible y determinado) de manera específica y no general, c) la duración de la sociedad que puede ser indefinida o a término fijo, d) la fecha en la que la sociedad dará comienzo a sus operaciones, que no podrá ser anterior a la del otorgamiento de la escritura, e) el domicilio social, así como el órgano competente para la creación, la supresión o el traslado de las sucursales, f) la cifra del capital social, expresando además la parte de su valor no desembolsado indicando cuándo y cómo se desembolsarán, g) datos relativos a las acciones: número, valor nominal, importe desembolsado, etc., h) estructura del órgano de administración (administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores conjuntos y consejo de administración), duración de su cargo, retribución, garantías que deben prestar; los administradores no tienen que ser socios, pero los estatutos pueden exigir que lo sean, i) modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la S.A., j) la fecha del cierre del ejercicio social, si no se dice, se entiende que es el 31 de diciembre de cada año, k) las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, l) el régimen de las prestaciones accesorias, m) los derechos especiales que en su caso se reserven a los fundadores o promotores de la S.A.

La LSA es rigurosa al exigir la total suscripción del capital social y el desembolso mínimo de cada una de las acciones. Con la suscripción nace la obligación de aportar y, en consecuencia, el crédito de la sociedad frente al socio por la parte no desembolsada, lo que permite la debida integración del patrimonio. Se prohíbe así la práctica consistente en crear acciones manteniéndolas en cartera, sin emitir las y sin que se suscriban. Sí es posible, como regla general, el desembolso parcial siempre que alcance el 25 por 100 de cada acción. La obligación de desembolsar los dividendos pasivos queda sometida por la ley a un régimen muy severo.

La nulidad de la sociedad ha de declararse judicialmente y la acción sólo podrá ejercitarse por alguna de las siguientes circunstancias: por ser el objeto ilícito o contrario al orden público, por no expresarse la denominación de la sociedad en la escritura de constitución o en los estatutos sociales, las aportaciones de la sociedad, la cuantía del capital, el objeto social o por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto, por la incapacidad de todos los socios fundadores. Con la declaración de nulidad se abre el proceso de liquidación y esta nulidad no afecta a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad.

Las aportaciones sociales: La aportación es la prestación que efectúa el socio para la consecución del fin común que la sociedad persigue a través del ejercicio de la actividad propia del objeto. También se entiende por aportación la acción de aportar, que tiene la naturaleza de un acto de enajenación o traslativo de dominio. Lo aportado pasa a formar parte del patrimonio de la sociedad. Son objeto de aportación los bienes y derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Pueden ser dinerarias o no dinerarias y éstas han de valorarse. Se excluye la aportación del trabajo o de servicios.

Los dividendos pasivos: la principal obligación del accionista es la de efectuar la aportación a la que se comprometió. Siempre que se respete el desembolso mínimo exigido, las aportaciones pueden aplazarse. La deuda del socio frente a la sociedad por los dividendos pasivos está sometida a un especial rigor. Una vez vencido el plazo fijado por los estatutos o por los administradores, el accionista que incumple se encuentra en mora en el pago de los dividendos pasivos y es sancionado con la privación del ejercicio del derecho del voto. La sociedad tiene una doble opción: puede reclamar el cumplimiento de la obligación con el abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad; la segunda opción le permite enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.

La acción como parte del capital social: La división del capital en acciones: La S.A. es necesariamente una sociedad por acciones; las acciones representan partes alícuotas del capital social. Hay una estrecha relación entre el capital social y la acción, tanto en lo que se refiere a su valor como respecto de su función de integración. El valor de la acción corresponde a su proporción dentro del capital social. La suma del valor de cada acción ha de ser igual a la cifra del capital. Es el valor nominal y tiene que venir indicado en los estatutos, normalmente se expresa en dinero; el valor real o razonable de la acción es cambiante, es la parte del valor patrimonial de la sociedad que corresponde a la acción según el porcentaje que ésta tenga en relación con el capital social. Hay que distinguir entre valor real y valor contable (o valor "neto patrimonial") que puede ser superior al que aparece en las cuentas. Distinto del valor real es el valor de mercado de las acciones que es difícil de determinar si hay pocas transacciones, pero será fácil si hay un mercado organizado como el de la Bolsa.

Las acciones pueden representarse tanto por medio de títulos, como por medio de anotaciones en cuenta, ambos son considerados valores mobiliarios y son

instrumentos que facilitan la transmisión y el ejercicio de los derechos del accionista. Se dice que la acción entra en el concepto amplio del título valor, documento caracterizado porque en él se produce una especial conexión entre el título y los derechos de su titular y es necesaria la transmisión o la posesión del título para la transmisión o el ejercicio de los derechos. Las acciones representadas por TV pueden ser nominativas o al portador. Las acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta mantienen la coherencia con la Ley del Mercado de Valores ya que la acción es un valor negociable y más si están admitidas a cotización en un mercado secundario oficial. Con la anotación en cuenta, se sustituye el documento por un registro contable. El régimen jurídico de las anotaciones en cuenta es el establecido en la normativa reguladora del mercado de valores.

Los derechos del accionista: Tiene la condición o status de socio, tiene derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, derecho a los dividendos de la sociedad, derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, derecho de suscripción preferente tanto a las nuevas acciones como a las nuevas obligaciones convertibles, el derecho de asistencia y de voto (hay situaciones en que se tienen acciones sin voto, a cambio de un beneficio patrimonial), derecho de impugnar los acuerdos sociales, derecho a solicitar informes y aclaraciones por escrito antes de la junta o verbalmente durante la misma.

Acciones ordinarias y acciones privilegiadas. Las acciones rescatables: Es posible que las acciones otorguen derechos diferentes, es tradicional la ruptura del principio de igualdad de las acciones en la S.A. La ley permite que junto a las acciones ordinarias, sometidas a régimen normal, se creen otras privilegiadas por tener un tratamiento especial y ventajoso en la medida de sus derechos; las llamadas acciones rescatables pretenden facilitar la financiación proporcionando un nuevo activo intermedio entre la renta fija y la renta variable.

La transmisión de la cualidad de socio: En las S.A. impera el principio de la libertad de circulación de acciones. Su carácter de valor mobiliario negociable (título o anotación en cuenta) las convierte en instrumentos de fácil transmisión mediante un válido negocio jurídico de transmisión y después la entrega, la notificación a la sociedad para la correspondiente inscripción, o la transferencia contable, según los casos. Esta libertad de circulación de las acciones tiene importantes excepciones, es el caso de la prohibición de que se entreguen o se transmitan las acciones antes de la inscripción de la sociedad o, en su caso, del acuerdo de aumento de capital social.

Los derechos reales sobre las acciones son el de propiedad, copropiedad (cuando la propiedad se comparte con dos o más personas). Las acciones son indivisibles por eso, en caso de copropiedad de una o de varias acciones o de cotitularidad se requiere el ejercicio unificado de los derechos de socio por lo que habrá que designar un representante común. Los comuneros responden solidariamente frente a la sociedad. Se puede constituir también el derecho de usufructo y el derecho de prenda. El ejercicio de los diferentes derechos corresponde al propietario salvo disposición contraria de los estatutos.

La JUNTA GENERAL: La S.A. tiene que actuar por medio de sus órganos y la Junta General es el órgano de expresión de la voluntad social, el órgano de administración y de representación de la S.A. La Junta general es ante todo un órgano, necesario y deliberante, soberano porque a él corresponden las competencias más importantes como la de nombrar y destituir a los administradores; sus acuerdos obligan a éstos y a todos los socios, incluidos ausentes y disidentes. Debe respetar los derechos de los socios, no puede contradecir los principios configuradores de la S.A., y está delimitada en sus competencias por las que corresponden al órgano de administración, por la ley,

los estatutos y el interés social. Las juntas pueden ser ordinarias y extraordinarias, generales y especiales. Deben ser previamente convocadas por los administradores y para que esté válidamente constituida debe haber quórum que, en primera convocatoria se eleva a accionistas que posean un 50 por 100 del capital suscrito con derecho a voto y, en segunda, al 25 por 100. La asistencia a la junta además de los socios, incluidos los titulares de acciones sin voto, pueden asistir otros que no tengan derecho de voto. Los administradores tienen el deber de asistir al igual que gerentes, directores y técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales. Todo accionista que tenga derecho a asistencia puede hacerse representar en la junta general por otra persona que no tiene que ser accionista, la cual debe otorgarse por escrito o por medios de comunicación a distancia y con carácter especial para cada junta. La junta debe convocarse en el día señalado, antes de entrar en el orden del día debe formarse la lista de asistentes expresando el capital con que concurren; la junta adopta sus acuerdos por mayoría absoluta de votos que corresponden al accionista en proporción al capital; debe redactarse el acta correspondiente en la que se recoge el debate y texto de los acuerdos adoptados, así como las oposiciones de los accionistas y se transcribirá en el libro de actas de la sociedad. El accionista puede impugnar los acuerdos si son contrarios a la ley, se oponen a los estatutos o lesionan los intereses de la sociedad en beneficio de algunos.

La Administración: Existe un órgano de administración que es necesario y permanente y sus facultades son la gestión y la representación. Los administradores pueden ser personas físicas o jurídicas, no tienen que ser accionistas, salvo que los estatutos así lo exijan, deben tener capacidad para obligarse y para obrar y deben carecer de incompatibilidades. Son nombrados por la Junta General y su nombramiento surte efectos desde el momento de su aceptación y tiene que ser presentado en diez días para su inscripción en el RM. Su cargo dura lo que señalen los estatutos y no puede exceder de cinco años, pueden ser reelegidos. Su nombramiento puede ser revocado en cualquier momento acordado por la Junta General. El cargo puede ser o no retribuido y si lo es debe acordarse expresamente en los estatutos. Sus deberes son diligencia, lealtad, fidelidad, secreto, responder fielmente a su cargo en cuanto a gestión, representación, responsabilidad, etc. Cuando existan tres o más administradores conjuntamente se designa un consejo de administración para agilizar el funcionamiento de la administración social.

Las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria que forman una unidad y deben ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Junto a estos presentan un informe de gestión y una propuesta de aplicación del resultado. Todo esto debe ser revisado por auditores de cuentas y posteriormente deberán ser sometidas las cuentas anuales y el informe de gestión a la aprobación de la Junta general ordinaria.

La modificación de los estatutos sociales es toda alteración de los mismos ya afecte a su fondo o solamente a su redacción y queda sometida a la observancia de los requisitos legales. La competencia para cualquier modificación estatutaria corresponde a la junta general. La junta general también acordará el aumento de capital; el aumento de capital puede ser: mediante nuevas aportaciones dinerarias, mediante aportaciones no dinerarias, por compensación de créditos, por conversión de obligaciones en acciones, aumento de capital con cargo a reservas. El acuerdo de aumento de capital y la ejecución del mismo deberán inscribirse simultáneamente en el RM. La reducción de capital igualmente se adopta en junta general y deberán inscribirse simultáneamente en el RM.

Transformación, fusión y escisión: a) Transformación: Consiste en el cambio social de un tipo a otro de los reconocidos por la ley sin que se produzca una alteración en la personalidad jurídica de la sociedad transformada, que continúa subsistiendo bajo la nueva forma social adoptada. Las S.A. podrán transformarse en sociedades colectivas, comanditarias simples o por acciones, o de Resp. Ltda. O viceversa. El acuerdo se adopta en junta general de accionistas, se publicará por tres veces en el BORME y en los periódicos de gran circulación de la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio y se hará constar en Escritura pública que se inscribirá en el RM. El acuerdo de transformación no podrá modificar las participaciones de los socios en el capital de la sociedad, ni sufrir reducción de los derechos especiales distintos de las acciones a no ser que sus titulares lo consientan expresamente; b) Fusión: la fusión de sociedades es un procedimiento en virtud del cual dos o más sociedades, previa extinción sin liquidación de algunas o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad. La fusión tiene las siguientes características: 1) extinción sin liquidación de todas o algunas de las sociedades intervinientes, 2) transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades extinguidas a la sociedad absorbente o de nueva creación, que se convierte en sucesora universal de las anteriores en todos sus bienes, derechos y obligaciones, 3) concentración en dicha sociedad de los socios de las sociedades extinguidas mediante la atribución a éstos de acciones emitidas por aquella en canje de sus antiguas acciones, cuotas o participaciones en las sociedades extinguidas. El acuerdo de fusión habrá de ser adoptado en la Junta General de cada una de las sociedades que participen en la fusión, ajustándose al proyecto de fusión. La convocatoria de la Junta habrá de publicarse con un mínimo de un mes de antelación a la fecha fijada de celebración debiendo ponerse a disposición todos los documentos concernientes a la fusión. El acuerdo se publicará tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación de las provincias de los domicilios de cada una de las sociedades. La fusión no podrá ser realizada sino hasta que transcurra un mes y en ese plazo podrán oponerse a la fusión los acreedores, obligacionistas. La eficacia de la fusión queda supeditada a la inscripción de la nueva sociedad en el RM o, en su caso, a la inscripción de la absorción; c) Escisión: Es la 1) extinción de una S.A., con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una ya existente –escisión propia- y 2) la segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes –escisión impropia-. Sólo podrá acordarse la escisión si las acciones de la sociedad que se extingue se encuentran íntegramente desembolsadas.

Separación del socio: El accionista disconforme con el acuerdo de la mayoría adoptado en junta general, tiene el derecho de separarse en estos tres supuestos: 1. sustitución del objeto social, 2. Traslado del domicilio social al extranjero, 3. Transformación de una S.A. en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones.

Disolución, liquidación y extinción de la sociedad: La disolución aparece como el momento inicial del periodo extintivo de la sociedad, que produce como efecto inmediato el que la sociedad entre en periodo de liquidación como paso previo para proceder a su extinción, que tiene lugar con la cancelación de sus asientos en el RM. La S.A. se disolverá por las siguientes causas: a) por acuerdo de la junta general, b) por cumplimiento del término fijado en los estatutos para la duración de la sociedad, c) por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento, d) por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio de la sociedad a una cantidad inferior de la mitad del



capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, e) por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, f) por la fusión o escisión total de la sociedad, g) por cualquier otra causa establecida en los estatutos, h) por la quiebra de la sociedad cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare. El acuerdo de disolución o la resolución judicial, en su caso, se inscribirán en el RM, publicándose además en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social.

Una vez disuelta la sociedad, se abrirá el periodo de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo, conservando la sociedad durante ese tiempo su personalidad jurídica y añadiendo a su nombre la frase “en liquidación”. Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones. El nombramiento de los liquidadores se hará de acuerdo con los estatutos y, en su defecto, serán designados por la junta general. Su número será impar pudiendo convertirse en liquidadores los propios administradores. Se podrá pedir al Juez de Primera instancia que designe un interventor para que fiscalice las operaciones de liquidación. Los liquidadores deberán suscribir, en unión de los administradores, el inventario y balance inicial de liquidación al tiempo de comenzar sus funciones. Terminada la liquidación, los liquidadores formarán el balance final que será censurado por los interventores si hubiesen sido nombrados, sometido a la aprobación de la junta general y publicado en el BORME y en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar del domicilio social. Los liquidadores determinarán la cuota del activo social resultante que deberá repartirse por cada acción. Aprobado el balance final y repartido entre los accionistas el haber social existente, los liquidadores deberán solicitar del registrador mercantil la cancelación de los asientos de la sociedad y depositar en el RM los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico, salvo que los propios liquidadores hubieran asumido el deber de su conservación, quedando extinguida la sociedad desde el mismo momento de la cancelación. El registrador mercantil o, en su caso, los liquidadores conservarán los libros y documentos durante el plazo de seis años, a contar desde la fecha del asiento de cancelación de la sociedad.

##### 5. LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. PRELIMINAR. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD: PROCEDIMIENTO FUNDACIONAL, RÉGIMEN DE LAS APORTACIONES, PRESTACIONES ACCESORIAS, OTRAS CUESTIONES. LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. ESTRUCTURA ORGÁNICA: LA JUNTA GENERAL, LA ADINISTRACIÓN SOCIAL. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS. CUENTAS ANUALES Y CIERRE DEL EJERCICIO. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

La sociedad de Resp. Ltda nace al tráfico mercantil en la segunda mitad del siglo XIX como hermana menor de la anónima e instrumento para organizaciones empresariales de modestas dimensiones, reducido número de socios y no excesivo capital, que aspiran al privilegio de la limitación de responsabilidad, propio de las sociedades capitalistas. En nuestro sistema su actual regulación está confiada a la ley 2/1995, del 23 de marzo, modificada por la ley 7/2003 del 1 de abril. Es el prototipo de la sociedad de capital, útil a la pequeña y mediana empresa, pero también aprovechable por la grande. Sus tres notas diferenciales son: 1. la división del capital en participaciones, 2. su aportación por los socios y 3. la no responsabilidad personal de los mismos por las deudas sociales. Se puede definir como una entidad mercantil con personalidad jurídica propia, patrimonio independiente y responsabilidad inmanente, en la que el

capital se integra con las aportaciones de los socios, quienes reciben participaciones sociales proporcionales a su aportación, no susceptibles de considerarse valores mobiliarios.

Las SRL tienen la consideración de empresarios mercantiles con independencia de la actividad a que se dediquen; el capital social cumple las mismas funciones que la anónima, su capital mínimo es de 3.005,06 euros. La división del capital en participaciones es característica diferencial con la anónima (esta es una sociedad por acciones); las participaciones responden a las aportaciones que los socios realicen al capital social, el número de participaciones poseídas sirve para medir los derechos de naturaleza económica (participación en beneficios) y política (emisión de voto) de sus titulares. Los socios pueden ser personas físicas o jurídicas. Su constitución exige el doble requisito formal del otorgamiento de escritura pública e inscripción en el RM y mientras no se haga no tendrá personalidad jurídica. No se permite el desembolso fraccionado de las participaciones suscritas por los socios, tan frecuentes en las S.A., por tanto no hay dividendos pasivos.

**Escritura social y Estatutos:** Por lo que respecta a la escritura todos los socios fundadores, cualquiera que sea su número han de comparecer por sí o por su representante y consignar en ella sus circunstancias personales. Han de asumir y desembolsar íntegramente la totalidad de las participaciones sociales, declarar su voluntad de constituirse en sociedad, aprobar los estatutos, describir sus aportaciones, determinar cómo van a organizar la administración si los estatutos prevén varias posibilidades e identificar las personas inicialmente encargadas de gestionar y representar la compañía. En lo que concierne a los estatutos debe mencionarse obligatoriamente: la denominación social, el objeto social, la fecha del cierre del ejercicio social, el domicilio social, el capital social, el modo o modos de organizar la administración, la fecha de comienzo de las operaciones y la duración de la SRL, el régimen de prestaciones obligatorias, el régimen de la transmisión de las participaciones sociales, disposiciones sobre usufructo y prenda, convocatoria, lugar de celebración asistencia, presidencia y voto en las juntas generales, determinación de las causas de separación del socio.

En el momento de otorgamiento de la escritura ha de ir acompañado de la aportación del capital fundacional debiéndose aportar por cada socio el valor de todas las participaciones que asuma, sin que se permita el desembolso parcial. En cuanto a la inscripción en el registro, los actos anteriores a la inscripción y lo concerniente a la irregularidad y nulidad de la SRL nos remitimos a la S.A. que tiene gran similitud.

**Las prestaciones accesorias:** En los estatutos podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su contenido concreto y determinando si han de realizarse gratuitamente o mediante retribución. Los estatutos podrán vincular la obligación de realizar prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales concretamente determinadas.

**Las participaciones sociales. Naturaleza y régimen:** El hecho de que las participaciones sean partes alícuotas del capital social y fundamento del conjunto de derechos y obligaciones que integran la condición de socio, representa un sólido elemento de conexión entre aquellas y las acciones, de modo que no es infrecuente realizar el estudio de las primeras resaltando las diferencias que las separan de las acciones, lo que supone el implícito reconocimiento de su sustancial coincidencia. La diferencia fundamental reside en que las participaciones no podrán incorporarse a títulos negociables o anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones. Esta

circunstancia ha permitido afirmar que las participaciones no son otra cosa que acciones no documentadas.

Documentación de las participaciones: La prohibición de representar las participaciones mediante títulos o anotaciones en cuenta, sin tener el carácter de valores mobiliarios, no impide que exista un completo sistema de documentación de su titularidad, aunque esta documentación no lleve incorporado el derecho a que se refiere. La adquisición originaria de participaciones y, por tanto, de la condición de socio, resultará de la escritura de constitución o de aumento de capital. Las ulteriores transmisiones deben constar en escritura pública. La sociedad debe llevar un "libro-registro de socios" donde quede constancia de los cambios en la titularidad de las participaciones.

El régimen de transmisiones de las participaciones se asienta sobre una fundamental distinción entre transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*. La transmisión *inter vivos* debe ser entre el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio para así mantener la vocación personalista en la SRL; están prohibidas las disposiciones que hagan prácticamente intransmisibles las participaciones, salvo que se establezcan para periodo no superior a cinco años desde la constitución de la sociedad o, en su caso, desde el aumento del capital; está también vedado obligar al socio que desea transmitir a que acepte la operación sobre un número de participaciones distinto al del que intenta desprenderse. En caso de transmisión forzosa por un procedimiento de apremio (judicial o administrativo) por efecto del cual y para atender obligaciones del socio, se vendan en pública subasta sus participaciones. Para permitir la enajenación e impedir que se incorporen a la sociedad personas extrañas, se articula un derecho de tanteo a favor del resto de los socios y de la propia sociedad. En la transmisión *mortis causa*, el heredero o legatario adquiere la condición de socio. Pero los estatutos pueden establecer un derecho de adquisición a favor de los socios sobrevivientes o de la propia sociedad, que deberá ejercitarse en los próximos tres meses desde que se notifique a la sociedad la identidad del heredero y que exigirá el pago al contado a éste del valor de las participaciones de que era titular el causante.

Los derechos reales sobre las participaciones son el régimen de copropiedad, el usufructo, prenda y embargo de participaciones sociales cuyo tratamiento es el mismo de las S.A. lo que establece una similitud entre participaciones y acciones. La autoparticipación, participación invertida y participación recíproca es lo que en la S.A. se conoce con la denominación de autocartera.

Derechos y obligaciones de los socios: La vigente LSRL da entrada a la existencia de participaciones privilegiadas, rompiendo por tanto con la igualdad de derechos entre los socios, según el volumen de su participación, que permanece sólo como norma general residual. Así se admite establecer por vía estatutaria desigualdades en el ejercicio del voto, en la distribución de dividendos o en la participación en la cuota de liquidación, dando entrada a las llamadas participaciones privilegiadas, incluso con amplitud a la que sucede en la S.A. con las acciones, pues en éstas está prohibida las diferencias en cuanto al voto. Los derechos individuales del socio pueden ser de carácter económico (reparto de ganancias y cuota de liquidación) y de contenido político (asistir, votar e impugnar las decisiones sociales e información). En la SRL existe el derecho de separación, es decir, la facultad de apartarse de la SRL con la consiguiente liquidación de su cuota cuando se producen determinadas circunstancias. Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, derecho a la adquisición preferente de participaciones en los aumentos de capital, derechos de asistencia y voto, derecho de información. En cuanto a las obligaciones de los socios es la del desembolso en su

totalidad del capital en el acto constitutivo de la SRL, pero durante la vida de la sociedad no existen otras, a menos que la escritura contenga prestaciones accesorias.

Los órganos de la sociedad: 1. La Junta General: Es parecida a la que subyace en la S.A. en cuanto a su competencia, requisitos de convocatoria y celebración de juntas generales, adopción y formalización de acuerdos e impugnación de los acuerdos de la junta general. 2. El Órgano de Administración: El sistema de administración responde al modelo común de las sociedades de capital. El estatuto personal de administrador podemos remitirnos a la S.A. Las modificaciones estatutarias, aumento y reducción del capital, cuentas anuales, igualmente las S.A.

Transformación, fusión y escisión: 1. Transformación: se contempla en una doble dirección: la de la SRL que adopta otro tipo y la de otro tipo que se transforma en Ltda con un carácter ampliamente permisivo, pues una SRL puede adquirir cualquiera de las formas sociales que permite nuestro ordenamiento. Para que se transforme en una sociedad civil se exige que el objeto no sea mercantil. La transformación exige acuerdo de la junta general, adoptado por mayoría reforzada. Los socios inconformes gozan del derecho de separación, con la consiguiente liquidación de su cuota. El acuerdo incluirá la aprobación de un balance cerrado y especificará las cuotas o acciones que corresponden a las participaciones sociales que han de extinguirse, respetando la distribución proporcional del capital entre los socios. La transformación no altera la personalidad jurídica de la sociedad que la sufre, los socios que asuman responsabilidad personal en cualquiera de sus modalidades (solidaria, subsidiaria, mancomunada, ilimitada, etc.) por las deudas sociales posteriores, responderán de igual modo por las anteriores a la transformación. En cuanto a la fusión y escisión nos remitimos a lo previsto en la SA.

Separación y exclusión del socio: Se dan seis causas legales de separación voluntaria del socio: sustitución del objeto social; traslado del domicilio social al extranjero; modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales; prórroga o reactivación de la sociedad; transformación de la compañía; creación, modificación o extinción anticipada de prestaciones accesorias, salvo que los estatutos la prohíban. La exclusión del socio supone su apartamiento forzoso, decidido por la SRL ante el incumplimiento de sus obligaciones sociales. Requiere acuerdo de la Junta en votación que no podrá ser secreta.

Disolución, liquidación y exclusión: 1. Disolución: La enumeración de las causas de disolución de la SRL sigue con notoria fidelidad las mismas de la SA (verlas); 2. Liquidación: Una vez disuelta la sociedad, aun conservando su personalidad jurídica, entra este nuevo y presumiblemente último periodo de existencia; es calve la figura del liquidador o liquidadores. Por lo demás, la satisfacción de la cuota de liquidación exige la previa cancelación de los créditos frente a la sociedad, sea por su pago efectivo o mediante consignación. La liquidación se interrumpe en las siguientes situaciones: a) Reactivación de la sociedad disuelta, b) Cesión global del activo y del pasivo, c) Apertura del procedimiento concursal.

La SRL se extingue una vez pagadas o consignadas las cuotas de liquidación, los liquidadores han de otorgar escritura de extinción mencionando haber concluido sus funciones, satisfecho a los acreedores, rendido balance que ha sido aprobado y reintegrados los socios según relación que, junto con el citado balance final, han de unir a la escritura. La citada escritura será objeto de inscripción en el RM y ello significa la total cancelación de los asientos concernientes a la sociedad extinta.

La SRL Unipersonal: Puede ser originaria (desde el momento de la constitución de la sociedad) o sobrevenida (cuando a lo largo de la vida social, todas las participaciones

—o las acciones— de la sociedad hayan quedado a la propiedad exclusiva de uno de los socios o, siendo varios, éstos tengan la consideración a su vez, de sociedades unipersonales). En ambos casos, ha de citarse esta condición en el RM. Las decisiones del socio valdrán como decisiones de la junta y así aparecerá en el libro de actas con la firma del socio o de su representante y la de los administradores si fueran distintos que el único titular del capital social. La ley permite la celebración de contratos entre el socio y la sociedad, pero con ciertas cautelas encaminadas a dos objetivos fundamentales: evitar cualquier género de fraude y erradicar eventuales abusos por parte del socio que perjudiquen la solvencia de la SRL.

6. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN: CONTRATO DE AGENCIA: CONCEPTO Y RÉGIMEN, CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO, OBLIGACIONES DEL AGENTE, OBLIGACIONES DEL PRINCIPAL, EXTINCIÓN DEL CONTRATO, INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA Y POR DAÑOS Y PERJUICIOS, SUPUESTOS ESPECIALES: PACTO DE GARANTÍA Y CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN: CARACTERIZACIÓN GENERAL. CONTRATO DE CONCESIÓN MERCANTIL: CONCEPTO Y CALIFICACIÓN, CONTENIDO DEL CONTRATO, EXTINCIÓN DEL CONTRATO. EL CONTRATO DE FRANQUICIA: CONCEPTO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA, CONTENIDO CONTRACTUAL, EXTINCIÓN DEL CONTRATO

El contrato de CONCESIÓN o distribución comercial es un contrato de colaboración entre empresarios para la distribución de productos o servicios bajo una marca de prestigio. En la CEE se denomina “contrato de distribución en exclusiva”, como contrapuesto al contrato de compra o aprovisionamiento en exclusiva, al de distribución selectiva o a través de revendedores autorizados y al de franquicia. Es un contrato atípico, de naturaleza mixta, por el que un empresario denominado concesionario adquiere el derecho a revender en una determinada zona los productos de una determinada marca que le suministra otro empresario denominado concedente, actuando el concesionario por nombre y cuenta propia, pero conforme a las condiciones y bajo la supervisión del concedente. En estos contratos es frecuente la cláusula de exclusiva, normalmente con carácter recíproco, así como la imposición al concesionario de determinadas obligaciones relativas al volumen mínimo de comercialización, servicios, postventa, etc. También es frecuente que su duración sea indefinida, teniendo ambas partes la facultad de denunciar el contrato en cualquier momento, siempre observando los normales requisitos de preaviso y buena fe. El concesionario adquiere la mercancía suministrada por el concedente en firme y la revende a su propia clientela, aunque bajo la marca del concedente; y actúa siempre por nombre y cuenta propia, por lo que asume todos los gastos y riesgos de la operación, tanto en lo relativo a la recepción y almacenamiento de la mercancía, cuanto a la financiación y cobros a su clientela, lucrándose con la diferencia entre el precio de suministro y el de reventa, precio este último que en muchas ocasiones viene determinado por el concedente.

El contrato de FRANQUICIA es una modalidad de concesión comercial, de origen norteamericano y en creciente auge, que ha recibido en España ese *nomen iuris* en virtud del art. 1 del RD 1750/1987, del 18 de diciembre, sobre transferencia de tecnología y prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas. Es un contrato por el que una empresa llamada “franquiciadora” cede a otra denominada “franquiciada” el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios. En el contrato de franquicia, la concesión comercial ordinaria se complementa con un pacto de exclusiva y con el derecho y la obligación del franquiciado de utilizar los signos distintivos y las técnicas comerciales del

franquiciador, quien le prestará a ese fin la correspondiente asistencia técnica y lo supervisará, percibiendo por ello una compensación económica. En la práctica española existen algunos antecedentes administrativos y jurisprudenciales, como ocurriera en la CEE, hasta que en ésta se dictara el Reglamento 4087/88/CEE que excluye determinadas clases de acuerdos de franquicia de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia del Tratado de Roma. En los minuciosos condicionados de estos contratos el franquiciador suele asumir las siguientes obligaciones: Permitir al franquiciado el uso de sus signos distintivos; prestarle la asistencia técnica precisa para que utilice su sistema de comercialización, mediante los distintos sistemas de comunicación; suministrarle los productos o elementos empleados en la prestación de los servicios a que el contrato se refiera; mantener un esfuerzo de promoción y publicidad de los productos o servicios amparados por los referidos signos distintivos; respetar los pactos de exclusiva; y supervisar y controlar la correcta observancia de las técnicas comerciales, para velar por la uniformidad y calidad, ya que indirectamente el franquiciado se integra en la red de comercialización del franquiciador que tiene un interés propio en la correcta observancia de sus técnicas comerciales y el mantenimiento de un determinado nivel de calidad.

A su vez el franquiciado suele asumir las siguientes obligaciones: Pagar al franquiciador la correspondiente compensación económica, que generalmente consiste en una cantidad inicial o derecho de entrada, más una cantidad periódica proporcional a las ventas; aplicar los sistemas de comercialización del franquiciador y respetar su imagen; disponer de un adecuado stock de los productos o de los medios para prestar correctamente los servicios a que se refiera el contrato; observar las instrucciones del franquiciador y en especial las relativas a los precios; suministrarle información sobre la situación del mercado; y respetar los pactos de exclusiva.

En relación con la extinción de este tipo de contrato, conviene señalar que normalmente se estipula la posibilidad de que el franquiciado transmita sus derechos, previa aprobación del franquiciador, a quien se reconoce el derecho de rescatar la franquicia, así como la obligación de hacerlo en caso de que no la conceda.

El contrato de AGENCIA es aquel por el que una persona natural o jurídica denominada agente, se obliga frente a otra, de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. Pese a que la jurisprudencia venía considerando al contrato de agencia como una subespecie de la comisión mercantil, a la que aplicaba supletoriamente y por analogía sus preceptos, su sustantividad propia ha quedado ahora reafirmada, con notas que lo diferencian tanto del contrato de comisión como del contrato de mediación o corretaje. El carácter permanente o duradero del contrato de agencia lo distingue de la comisión, que es de carácter ocasional; la ausencia de imparcialidad y la posibilidad de concluir contratos en nombre de su principal, lo diferencia de la mediación o corretaje; y la independencia del agente, como propio empresario, separa a este contrato de los de naturaleza laboral, común o especial, como los celebrados con los "viajantes" o "representantes de comercio".

De todos modos no siempre resulta fácil deslindar los supuestos en los que existe relación laboral de aquellos en los que la relación es puramente mercantil, pues en muchos casos los agentes personas físicas actúan acogidos al régimen de "trabajadores autónomos", sin una auténtica organización material y personal mediante la que se manifieste su condición de empresarios. El ET excluye de su ámbito "la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder

del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma". Pero la LCA especifica que el agente no asume, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de las operaciones en que intermedia. Precisamente la dificultad de tal delimitación conduce a que algunas reglamentaciones jurídico-profesionales de diferentes especies de agentes hayan cuidado de expresar la naturaleza mercantil de los respectivos contratos de agencia. Pese a su actual regulación legal y dentro del marco imperativo de la misma, los pactos entre las partes seguirán teniendo gran significado y suelen ser especialmente minuciosos, en orden a las condiciones y alcance de la actuación del agente, posibles pactos de exclusiva, garantías, retribución en función de los contratos promovidos y de la conservación de la clientela, eventual asistencia técnica o económica del principal al agente, duración y régimen de extinción del contrato.

El contrato de MEDIACIÓN o CORRETAJE: La práctica mercantil ha determinado la aparición de verdaderos contratos de mediación y de empresarios sectorialmente especializados en esta actividad. La mediación tendrá naturaleza mercantil cuando lo determine expresamente la legislación específica y, además, cuando concurren las mismas circunstancias previstas para la comisión mercantil, aplicable por vía analógica: ser comerciante alguna de las partes, generalmente el corredor o mediador y ser mercantil el contrato objeto de la mediación o corretaje. La jurisprudencia lo considera como un contrato *sui generis*, con sustantividad propia, atípico, consensual y bilateral, *facio ut des*, por el que una persona se obliga a pagar una remuneración a otra (el mediador o corredor), que se obliga a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato, en el caso de que lo ponga en relación con un tercero con el que concertarlo. A falta de regulación legal específica, se aplicarán los pactos contractuales y supletoriamente el régimen de la comisión mercantil, aunque sea un contrato diferente puesto que el encargo de la mediación es puramente material, promover o facilitar la celebración de un contrato, frente al contenido jurídico de celebrarlo propio de la comisión.

Al ser un contrato consensual se perfeccionará por el simple consentimiento, que puede expresarse en forma verbal, escrita o incluso tácita. No obstante, en algunos casos se establece la celebración mediante la denominada "nota de encargo" (se exige la constancia escrita cuando el encargo tiene el carácter de exclusiva, debiendo fijarse su duración y presumiéndola de cuatro meses si no se constata otra). El mediador o corredor sólo percibirá su retribución, que suele consistir en una cuota o porcentaje denominada comisión o corretaje, si como consecuencia de su actividad se produce el resultado de que se celebre el contrato objeto de su mediación. No obstante, la jurisprudencia le reconoce el derecho a ser retribuido, pese a que haya quedado resuelto el contrato de mediación o corretaje, si posteriormente se llega a celebrar el contrato promovido entre las personas aproximadas por el mediador; e igualmente cuando, después de celebrado el contrato promovido por el mediador, las partes lo incumplan, salvo pacto expreso en contrario. Naturalmente el contrato de mediación o corretaje sólo obliga a quienes lo hubieren concertado, por lo que sólo tendrá que pagar en su caso la pertinente retribución quien efectuó el encargo; pero nada impide que un mismo mediador pueda recibir encargo de promover un determinado contrato por dos partes, que puestas en contacto como consecuencia de su actividad, lo celebren, en cuyo caso tendrá derecho a percibir retribución de ambas.

El mediador o corredor ha de ser independiente de las partes, con las que no le ligará vínculo alguno de subordinación o representación, aunque su imparcialidad será más clara cuando reciba el encargo de las dos partes en el contrato a promover, que cuando lo reciba sólo de una de ellas a la que tendrá deber de informar y asesorar. Aunque se ha sostenido que era un contrato unilateral, en el que únicamente se obligaba el cliente al pago de premio o comisión prometida, pero no el mediador a realizar actividad alguna, la jurisprudencia ha reconocido su carácter bilateral. En este

sentido el corredor o mediador asume la obligación de realizar las gestiones usuales en el tráfico; guardar secreto de las instrucciones que le hubiera dado su cliente, informarle de la marcha de las gestiones y asesorarle para el buen fin de la operación. A su vez, el cliente queda obligado a suministrar al mediador o corredor los datos necesarios para que pueda realizar su gestión y a pagarle su retribución, en caso de que el negocio jurídico promovido llegue a celebrarse. La extinción del contrato seguirá, a excepción de lo pactado, análogo régimen que el de la comisión, con las mismas particularidades en orden a la denuncia unilateral por el cliente cuando el encargo sea por plazo indefinido.

El FACTORING es un contrato de colaboración en la gestión empresarial y, eventualmente, en la financiación de la empresa, difundido desde la práctica norteamericana. En la práctica española e internacional puede observarse una gran variedad de modalidades de *factoring*, dado el libre juego de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Sin embargo, este contrato se ordena a permitir a los empresarios que obtengan la colaboración de una empresa especializada (factor o empresa de factoring) que les facilite, a cambio de la correspondiente retribución, alguno o algunos servicios dentro de una amplia gama referida a la comercialización, como pueden ser los siguientes: 1. Información sobre la clientela, procediendo a su clasificación en función del riesgo que es aconsejable asumir con arreglo a la solvencia y características de cada cliente; 2. La facturación de los productos o servicios prestados a dicha clientela, efectuada naturalmente a nombre del propio empresario, así como su contabilización; 3. La gestión de cobro de las facturas emitidas, cuyo importe se le hace efectivo cuando sean atendidas a sus respectivos vencimientos o se le anticipa total o parcialmente con el oportuno descuento. Y para ello cabe que se ceda el crédito objeto de la factura notificándolo al deudor o sin esa notificación; 4. La cobertura del riesgo de eventual insolvencia del deudor de dichas facturas, siempre que su cuantía se acomode a la clasificación otorgada para cada cliente, en cuyo caso se habla de factoring propio en el que el riesgo lo asume la empresa de factoring y la cesión del crédito se entiende efectuada *pro soluto*, frente a aquellos casos considerados como factoring impropio en los que el riesgo de impagados no se transfiere a la empresa de factoring sino que recibe la cesión *pro solvendo*, o sea, "salvo buen fin".

Con carácter general puede decirse que el factoring es un contrato atípico; un contrato mixto con elementos de diferentes figuras contractuales que corresponden a los contratos de arrendamientos de servicios, de comisión, de concesión de crédito, de cesión de créditos, *pro soluto* o *pro solvendo*, y del seguro de crédito; un contrato consensual que se perfecciona por el simple consentimiento, aunque sea usual su formalización por escrito, con amplias condiciones generales preconfiguradas por la empresa de factoring, dada la inexistencia de una normativa legal al respecto; un contrato duradero de tracto sucesivo y carácter normativo, en el que se establece el marco en el que luego habrán de tener lugar las subsiguientes prestaciones; y un contrato mercantil por tratarse de un contrato de empresa, en el que su propio contenido exige que ambas partes sean empresarios y se refiere a la propia actividad mercantil de ambos. La empresa de factoring es una actividad de financiación diferente de las entidades bancarias, cajas de ahorro o cooperativas de crédito, que ha de revestir necesariamente la forma de S.A. con un capital social mínimo y un objeto social que exclusivamente consista en la gestión de cobro de créditos en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionaria de tales créditos, el anticipo de fondo sobre los créditos cedidos y las actividades complementarias como la investigación de mercados, llevanza de la contabilidad y gestión de cuentas, información comercial y estadística y otras similares, Y, a su vez, el cliente de la empresa de factoring también ha de ser un empresario que practica una actividad



mercantil respecto de su clientela, de la que resultarán los créditos que han de ser objeto de la facturación, cesión y eventual anticipo.

## 7. LA CONTRATACIÓN EN EL MERCADO DE VALORES: CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS OPERACIONES EN EL MERCADO DE VALORES. RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE INTERMEDIACIÓN. LA DISTINCIÓN ENTRE OPERACIONES DE CONTRATO Y A PLAZO: CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN, OPERACIONES A PLAZO FIRMES Y CONDICIONALES. LA COMPRAVENTA DE VALORES EN UN MERCADO SECUNDARIO EN RÉGIMEN DE CONTADO, CARACTERIZACIÓN GENERAL, PROTECCIÓN ANTICIPADA DEL ADQUIRENTE DE VALORES NEGOCIABLES. EL SISTEMA DE CONCESIÓN DE CRÉDITO AL COMPRADOR Y/O ALVENDEDOR. LOS CONTRATOS DE DOBLE O REPORTY LA COMPRAVENTA CON PACTO DE RECOMPRA. OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE VALORES. OFERTA PÚBLICA DE VENTA DE VALORES

Se entiende por mercado de valores el mercado o el conjunto de mercados de valores que incorporan derechos de diversa naturaleza: derechos a pagos aplazados de dinero (obligaciones, bonos, pagarés...), derechos de participación social (acciones...). En España y tras algunas reformas parciales, LMV ha establecido un nuevo marco institucional, a nivel de ley formal, para el mercado de valores. La ley más vigente es la Ley 53 de 2002, de 30 de diciembre, y una de sus novedades es la introducción del principio de "pasaporte comunitario" o "licencia única" en cuya virtud una empresa de servicios de inversión, es autorizada para desplegar sus actividades en un Estado miembro de la UE, tanto estableciendo una sucursal en otro Estado miembro, cuanto ofreciendo en él sus servicios sin establecer sucursal alguna. La LMV tiene por objeto la regulación del mercado primario –o de emisión- y secundario –o de negociación- de valores, estableciendo a tal fin los principios de su organización o funcionamiento, las normas rectoras de la actividad de cuantos sujetos y entidades intervienen en ellos y su régimen de supervisión. Tanto el mercado primario como el secundario tienen por común objeto los valores –o para mayor rigor técnico jurídico, los valores negociables- emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, que pueden representarse bien por verdaderos títulos, bien mediante anotaciones en cuenta. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la ley no se extiende a toda clase de valores, sino solamente a aquellos en los que concurren estas dos notas: la negociabilidad y la agrupación en emisiones. Tendrán la consideración de valores negociables las acciones de S.A. y las cuotas participativas de Cajas de Ahorros, las obligaciones, las letras de cambio, los pagarés, cédulas, bonos, participaciones hipotecarias... Por el contrario, no se considerarán valores negociables las participaciones en SRL, las cuotas de los socios de sociedades colectivas, y comanditarias simples, las aportaciones al capital de las sociedades cooperativas de cualquier clase... Esta enumeración se complementa con una cláusula de cierre que califica como valor negociable cualquier otro derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé y que sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera. En resumen, la negociabilidad implica que los valores sean susceptibles de un intercambio masivo, con independencia de las características personales de los títulos sucesivos; la agrupación en emisiones ha de referirse a que en cada conjunto de valores negociables concurren unos mínimos requisitos de homogeneidad, en virtud de los cuales aquel conjunto se entenderá integrado o agrupado en una emisión.

La LMV disciplina varios Mercados de Valores conforme a la distinción de origen económico, entre mercado primario y mercados secundarios (el primero concebido como de emisión y los segundos entendidos como de negociación). Desde una perspectiva jurídica, podríamos afirmar que en el mercado primario se produce la

adquisición originaria de los valores y en los secundarios la derivativa. La disciplina del mercado primario regula las emisiones de los valores en el momento en que se ofrece su suscripción al público. En los mercados secundarios de valores se produce la contratación de los valores en un momento posterior a su suscripción, facilitando la desinversión de quien originariamente invirtió en unos determinados valores, lo que facilita la liquidez.

La CONTRATACIÓN EN EL MERCADO DE VALORES: 1. Mercado Primario: Tradicionalmente, la legislación sobre emisiones ha sido escasa, limitándose a algunas normas relacionadas con la emisión de acciones por una SA que se constituye por fundación sucesiva, con la emisión de acciones con ocasión de un aumento de capital. En la actualidad, y tras la promulgación del RD 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, existe ya un cuerpo normativo que disciplina la emisión de valores. Con relación a las emisiones de acciones, las que se produzcan con ocasión de la fundación sucesiva de una SA se ajustarán, en lo referente al folleto informativo, a los previsto en este RD (arts. 15 a 22) y en todo lo demás al procedimiento y requisitos previstos en los arts 19 a 33 de la LSA. Junto a estos negocios fundamentales, en el mercado primario es posible la participación de intermediarios que procuran gestionar la suscripción de valores.

2. En los Mercados Secundarios se concluyen unos contratos que la LMV delimita como operaciones de un mercado secundario oficial de valores. Se pueden distinguir entre operaciones de mercado y las que no gozan de tal condición. Las operaciones de mercado se caracterizan por resultar de transmisiones a título de compraventa u otros negocios onerosos propios del mercado. A su vez, se distingue en las mismas entre operaciones ordinarias y extraordinarias: las primeras son las que se someten a las reglas básicas de funcionamiento de los mercados, mientras que las extraordinarias son las que no se someten a todas o a alguna de tales reglas básicas, pudiendo sólo realizarse en tres casos: cuando el comprador y el vendedor residan habitualmente o estén establecidos fuera del territorio nacional, cuando la operación no se realice en España y cuando el comprador y el vendedor lo autoricen expresamente. Las transmisiones a título oneroso diferentes a las previstas en el art. 36.1 LMV y las transmisiones a título lucrativo de valores o instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial no tendrán consideración de operaciones del mismo. En todo caso, e independientemente de que sean o no operaciones de mercado, se estatuye para las empresas de servicios de inversión la obligación de comunicar todo tipo de operaciones a los órganos rectores de los mercados, en aras de garantizar su buen funcionamiento y la protección de los inversores. Debe tenerse en cuenta que, en las operaciones que realicen por cuenta ajena, los miembros de los mercados secundarios oficiales de valores responderán ante sus comitentes de la entrega de los valores y el pago de su precio.

En cuanto a la legislación aplicable a la contratación bursátil, y ante la carencia de una reglamentación específica del funcionamiento de los mercados bursátiles, se ha previsto un régimen transitorio para dicha contratación; se habilita al Ministro de Economía para que regule la contratación electrónica en el ámbito del mercado de valores. Atendiendo al modo de cumplimiento, las operaciones pueden ser al contado o a plazo: 1. Operaciones al contado son aquellas en que las obligaciones recíprocas de los contratantes deben consumarse el mismo día de la celebración del contrato, efectuándose la entrega material de los títulos a lo sumo en el curso de siete liquidaciones tratándose de títulos al portador y de quince si fuesen nominativas. 2. Operaciones a plazos son aquellas en las que las obligaciones recíprocas de los contratantes no han de quedar satisfechas en el día del contrato sino al vencimiento de un plazo convenido. Se clasifican en operaciones en firme o condicionales. Son operaciones en firme aquellas en que comprador y vendedor quedan definitivamente

obligados y, por tanto, el plazo fijado para su vencimiento y las condiciones del contrato son inalterables, liquidándose la operación en la fecha convenida. Operaciones condicionales son aquellas en que una de las partes se reserva el derecho de modificar alguna de sus condiciones, mediante el pago de una compensación de acuerdo con su naturaleza. A su vez, dentro de las operaciones condicionales se distingue entre operaciones con opción, con prima y a voluntad. Finalmente, las operaciones de doble o el contrato de doble o report es puramente especulativo, sin finalidad efectiva de transmisión de los valores. Consiste en una compra al contado o a plazo de valores al portador y su reventa simultánea a plazo y a precio determinado a la misma persona de valores de la misma especie. Las dobles serán de las tres clases siguientes: compra al contado y venta a plazo de fin de mes o fin del próximo, compra a fin de mes corriente y venta a fin del próximo, y compra al contado y venta a un plazo determinado de días.

Las OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN Y DE VENTA de valores constituyen una de las técnicas empleadas modernamente para obtener el control de una sociedad por otra o una posición relevante en la misma, mediante la compra de significativos porcentajes de su capital social. Esta operación de origen anglosajón, comúnmente identificada con las siglas OPA cuando se refiere a los títulos que cotizan en las Bolsas de Valores, altera totalmente el normal desarrollo de la contratación bursátil. Con la intención de evitar esta situación, el art. 60 LMV ha disciplinado el régimen jurídico de rango legal aplicable a la figura de las ofertas públicas de adquisición de valores. El RD 1197/1991 disciplina dos clases de OPAs siendo el criterio básico que las diferencia la obligatoriedad de la oferta: OPAs obligatorias y OPAs voluntarias (cuando no resulten obligatorias, podrán formularse ofertas públicas de adquisición de acciones o de otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a suscripción o adquisición. OPAs sobrevenidas como consecuencia de la fusión o toma de control de una sociedad y contraprestación en las ofertas competidoras. Posteriormente el RD 432/2003, del 11 de abril, ha modificado el anterior RD con el objetivo fundamental de la mejora de la protección del accionista minoritario cuando se produzcan cambios de control en las sociedades cotizadas en bolsa. Por otra parte, sobre emisiones y ofertas públicas de ventas de valores, se prescribe que tendrá la consideración de oferta pública de venta de valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial el ofrecimiento al público, por cuenta propia o de terceros, cualquiera que sea el procedimiento.

**8. LOS CONTRATOS BANCARIOS: APERTURA DE CRÉDITO ORDINARIA. EL DESCUENTO BANCARIO. PRÉSTAMOS BANCARIOS: RÉGIMEN GENERAL DEL PRÉSTAMO BANCARIO DINERARIO, DESCUBIERTOS Y FACILIDADES DE CAJA, PRÉSTAMO DE TÍTULOS Y PRÉSTAMO DE FIRMA, PRÉSTAMOS ESPECIALES, PRÉSTAMO PARTICIPATIVO Y PRÉSTAMO SINDICADO. LAS GARANTÍAS BANCARIAS. DEPÓSITOS BANCARIOS. SERVICIOS DE CAJAS DE SEGURIDAD. MEDIACIÓN BANCARIA EN LOS PAGOS. PARTICULAR REFERENCIA A LA TRANSFERENCIA BANCARIA.**

Ejercen el comercio de Banca las personas naturales o jurídicas que, con habitualidad y ánimo de lucro, reciben del público, en forma de depósito irregular o en otras análogas, fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones; con arreglo a las leyes y a los usos mercantiles, prestando, además, por regla general, a su clientela, servicios de giro, transferencia, custodia, mediación y otros en relación con los anteriores, propios de la comisión mercantil. Según esto, una de las funciones primordiales de la Banca sería la de canalizar hacia otros empresarios y particulares unos recursos dinerarios que aquellos o éstos precisan

para atender sus necesidades de financiación. Las garantías en la contratación bancaria: La interdependencia entre las operaciones pasivas y activas realizadas por la Banca justifica sobradamente que, al conceder crédito, las entidades bancarias adopten las máximas cautelas para asegurarse la restitución de las cantidades facilitadas a sus clientes. Sólo de esta manera la entidad bancaria asegura el buen fin de las operaciones pasivas y garantiza a los depositantes la devolución de sus capitales. Para cubrirse de los riesgos de una eventual falta de reembolso, los bancos suelen servirse de los tradicionales instrumentos de garantía, distinguiéndose, a este respecto, entre garantías personales y reales según quede afectado a las resultas de la operación, además del propio patrimonio del cliente, el de una o más personas (fianza, aval) o determinados bienes muebles o inmuebles (prenda, hipoteca). En la moderna práctica bancaria, también es frecuente recurrir a otras fórmulas de garantía específicas como son las que recaen sobre saldos de libretas o cuentas de ahorro, imposiciones a plazo fijo, títulos cambiarios endosados, pólizas de seguro de vida, etc.

Cada día toma más adeptos la tesis de que la cuenta corriente bancaria es una figura autónoma distinta del depósito y de la apertura de crédito, cuyo rasgo definitorio básico vendría dado por la existencia del llamado "servicio de caja" prestado por la entidad (comisionista) al cliente y que confiere a su titular facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, a cuyo cargo podrá realizar pagos contra la emisión de determinados documentos (p.ej. cheques, pagarés, tarjetas, etc.), recibir pagos de terceros, ordenar transferencias, domiciliar recibos, etc.

Los DEPÓSITOS BANCARIOS de dinero: El depósito bancario constituye la operación bancaria pasiva por excelencia. En su virtud, el cliente entrega al banco una determinada suma de dinero, con la facultad de usarla en provecho propio y con la correlativa obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. En esa facultad de disposición atribuida a la entidad bancaria, inherente al depósito de dinero, pero contradictoria con la obligación de custodia propia y genuina del contrato de depósito, radica la singularidad de la operación en el ámbito bancario; de ahí que se califique mayoritariamente como una modalidad irregular de depósito. Para otros autores, por contra, cuando el depositario tiene permiso para usar las cosas depositadas, el negocio jurídico celebrado no sería de depósito, sino de préstamo. En este sentido, debe recordarse que el art. 309 C. de Co reclama la aplicación de las reglas propias del préstamo mercantil, de la comisión o del contrato que, en sustitución del depósito se hubiere celebrado, en aquellos supuestos en que el depositario estuviere autorizado por el depositante para disponer de las cosas objeto del contrato. Esta interpretación o puede admitirse, al menos en el caso del depósito bancario de dinero, porque esas facultades dispositivas no son contradictorias con el deber de custodia que asume el banco si se tiene en cuenta la especial diligencia que se exige a la entidad bancaria en su actuación profesional para que, en todo momento, tengan asegurada los clientes la disponibilidad de los fondos depositados o, en su defecto, sea el llamado "Fondo de Garantía de Depósitos" el que cubra hasta un límite máximo por cliente y depósito, de los riesgos de insolvencia de la entidad depositaria. El depósito irregular de dinero pertenece a la categoría de los contratos reales, es decir, su momento perfectivo coincide con el de la entrega inicial realizada por el cliente. Se trata además de un contrato unilateral en el que sólo surgen obligaciones a cargo de la entidad depositaria, por un lado, la de restituir las cantidades recibidas y, por otro, la de abonar los intereses correspondientes.

Las clases de depósitos bancarios: 1. Atendiendo al grado de disponibilidad de los fondos, se distinguen los depósitos a la vista y a plazo fijo o imposición, según que el cliente depositante pueda exigir en cualquier momento y sin previo aviso la restitución de las sumas depositadas o tenga que aguardar el transcurso del plazo convenido. En el primer caso, para facilitar la disposición del saldo de la cuenta, la entidad entrega al

cliente un talonario de cheques o de pagarés, con obligación de devolver los no utilizados en el momento de cancelar la cuenta. Los cheques o pagarés habrán de estar firmados por el titular o por persona distinta siempre que tenga firma autorizada, cotejándose con las registradas en una cartulina que conserva la entidad. El cliente está obligado a comunicar a la entidad bancaria, con carácter inmediato, el extravío o sustracción del talonario quedando ésta exonerada, en caso contrario, de los perjuicios ocasionados por un pago indebido. El banco por su parte está obligado a atender las órdenes de pago que el titular de la cuenta le dirija, siempre que existan fondos suficientes en la cuenta de cargo. Asimismo, al tratarse de una operación bancaria pasiva, la entidad satisface al cliente unas cantidades periódicas, en concepto de intereses, que remuneran la utilización de ese capital ajeno depositado en sus oficinas.

2. Dentro de los depósitos a la vista, deben distinguirse a la vez entre los que se encuentran vinculados a una cuenta corriente, con prestación de un completo servicio de caja, y aquellos otros documentados en libretas o cartillas de ahorro. En los depósitos en cuenta corriente, los movimientos de fondos ya sean de abono o de reintegro, tienen su reflejo en la contabilidad interna de la entidad bancaria, mientras que en el caso de los depósitos instrumentados en las libretas de ahorro (cuentas de ahorro) cada movimiento de fondos, cualquiera que sea el signo, de ingreso o de adeudo, produce una doble anotación contable, una en la contabilidad del banco y otra en la libreta que se entrega al cliente. La libreta de ahorro tiene la consideración de título de legitimación, nominativo e intransferible, que atribuye a su titular la facultad de retirar del banco el saldo favorable que presenta la cuenta. Otra especialidad destacable es la de la posibilidad de admitir descubiertos en la cuenta. Si bien es cierto que en ambas hipótesis la disponibilidad coincidirá con las sumas depositadas, es los depósitos de cuentas corrientes es práctica común la de tolerar la realización de adeudos en cuenta pese a carecer de saldo o ser éste insuficiente. Por el contrario, en las libretas de ahorro la posibilidad de quedar en descubierto es menos frecuente, al no admitirse rebasar el importe de saldo que en cada momento presente la libreta.

3. En las hipótesis de imposiciones a plazo fijo es donde la anteriormente mencionada asimilación del depósito al préstamo presenta más sólidos argumentos en la medida en que la obligación fundamental del banco consiste en la restitución temporal de la suma depositada, incrementada con los intereses devengados y minorada con las comisiones y demás gastos repercutibles. La jurisprudencia se ha encargado, no obstante, de destacar su carácter de contrato sui generis que participa de los atributos de uno y otro. Desde la perspectiva documental, los depósitos a plazo fijo se incorporan a unos títulos de legitimación nominativos que tiene carácter personal e intransferible. También se conoce otra modalidad llamada los Depósitos Bancarios Cerrados y esta operación presupone la entrega realizada por el cliente al banco, con la finalidad estricta de su custodia, de cosas que pueden tener un valor patrimonial en sí mismas (alhajas, metales preciosos, etc.) o un simple aprecio sentimental, contenidas en cajas o en pliegos cerrados y sellados. Aunque es verdad que las entidades bancarias prefieren ofrecer en su lugar los llamados servicios de cajas de seguridad que veremos más adelante.

El servicio de CAJAS DE SEGURIDAD: Puede decirse que este servicio bancario constituye el resultado de la evolución sufrida por el depósito bancario cerrado con el propósito de atemperar el riguroso régimen de responsabilidad que, en su condición de depositario, debía soportar la entidad bancaria. En virtud de mismo, el banco pone a disposición de sus clientes unos locales acorazados, situados dentro de sus propios establecimientos, donde se introducen las cajas de seguridad, también llamadas de alquiler, a las que se accede por un sistema de doble llave (una llave la tiene el cliente y la otra la conserva la entidad bancaria). La relación jurídica que se constituye participa de elementos propios del arrendamiento de cosas inmuebles y del depósito en la medida que, de un lado, el cliente abona al banco un canon por la utilización de

una superficie o espacio físico de las estancias habilitadas en las dependencias de la entidad, aunque no es menos cierto que, en realidad, el banco no recibe directamente los efectos u objetos incluidos en la caja —es el mismo cliente el que los introduce— y sí la propia caja con su contenido, obligándose a custodiar sólo el continente e, indirectamente, el contenido. El problema de su naturaleza jurídica es trascendental para determinar el régimen de responsabilidad de la entidad bancaria por los riesgos de pérdida o deterioro del contenido de las cajas de seguridad. Las pólizas bancarias al uso reflejan en su rótulo y a lo largo de las estipulaciones resaltan la naturaleza arrendaticia de la relación jurídica constituida con el cliente, si bien, como es sabido, la denominación empleada en los contratos no prejuzga su verdadera calificación jurídica. Se supone que la entidad bancaria asume una obligación de resultado, reconociéndosele una cierta responsabilidad objetiva, en razón a su carácter de contratante profesional, de tal modo que se le presumirá responsable, salvo que pruebe la concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito.

**EL PRÉSTAMO BANCARIO:** En virtud de este contrato, el cliente se obliga a devolver al banco una suma de dinero determinada, junto a los intereses, comisiones y demás gastos en los plazos y condiciones pactadas. Aunque el préstamo no pueda recaer sobre otras cosas fungibles, distintas del dinero, la operación de préstamo típicamente bancaria es la que tiene por objeto una cantidad cierta de dinero, comprometiéndose el prestatario a devolver al prestamista otro tanto de la misma especie y calidad a la recibida. El préstamo bancario de dinero se incluye dentro de la categoría de los contratos reales, pese a que no siempre el momento perfectivo del negocio coincida con la efectiva entrega de su importe al cliente. En la práctica bancaria, la entrega material del dinero se sustituye por el abono de su importe en una cuenta abierta al prestatario de tal manera que aun cuando el apunte no se efectúe en la fecha de formalización de la operación, sí se le asigna valor contable de ese día. Por otra parte, los formularios contractuales no ofrecen dudas al respecto, toda vez que su clausulado habitual recoge el reconocimiento expreso del cliente de haber recibido la suma prestada. La concesión del préstamo lleva implícita la apertura de una cuenta de control (cuenta de cargo), cuya primera partida se refiere al importe del principal prestado, deducidos ya las comisiones y gastos devengados por la formalización. La formalización de los préstamos bancarios suele realizarse, como ocurre con las demás operaciones activas, en un documento público, ya sea en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, ya en escritura notarial.

Dado su carácter unilateral, el contenido de los contratos de préstamo bancario recoge únicamente las obligaciones a cargo del cliente prestatario entre las que la primera y principal consiste en devolver al banco las cantidades recibidas. La devolución del capital prestado puede realizarse de una sola vez o en plazos sucesivos, previéndose entonces un calendario de amortización con indicación de las fechas en que han de realizarse los reembolsos. También puede darse el pago anticipado y el cliente deberá abonar la prima de anticipación para abonar al banco los intereses que éste deja de percibir por la anticipación del pago. La obligación se considera extinguida devolviendo el prestatario la misma cantidad de dinero que recibió, aunque su valor real sea diferente al que la moneda tenía en el momento de su entrega al prestatario. El beneficio económico de la operación de préstamo lo percibe el banco a través de los intereses y de la comisión de apertura. No deben confundirse los intereses ordinarios con los intereses moratorios, los cuales tienen un carácter indemnizatorio por razón de incumplimiento o retraso de la obligación. El tipo de interés puede permanecer fijo o fluctuar conforme a las variaciones que experimente. El interés variable se va adecuando a las tasas reales del precio del dinero en el mercado, el cual se paga por periodos, generalmente mensuales. El tipo de interés vigente en cada periodo está compuesto por un tipo de referencia, son objetivos y no los fija la entidad bancaria prestamista.

La falta de pago desencadena el vencimiento anticipado de la relación obligatoria y la consiguiente exigibilidad de las cantidades adeudadas por el prestatario. Hay otras causas de vencimiento anticipado que no implican incumplimiento de pago: falseamiento de los datos que hayan sido tomados en consideración por el banco para la concesión del préstamo, traba de embargo sobre bienes, etc. Son llamadas incumplimientos técnicos o cruzados y por ellas el banco denuncia el contrato y exige el reembolso de las sumas adeudadas.

Los llamados PRÉSTAMOS SINDICADOS son una modalidad de préstamo muy apropiada para atender demandas de financiación que no pueden ser asumidas por una sola entidad sino que están caracterizadas por la presencia de una pluralidad de entidades (sindicato de bancos) que proporciona los fondos solicitados por el cliente. La pluralidad de prestamistas no significa que existan tantos contratos como entidades, sino que siendo único el negocio jurídico celebrado, cada una de ellas es acreedora del prestatario por las sumas entregadas. Pluralidad de prestamistas no es sinónimo de solidaridad, al contrario, los contratos son independientes de las obligaciones contraídas por el cliente frente a cada uno de los prestamistas. Los bancos "jefes de fila" son las entidades que recibieron el encargo del prestatario para la colocación del préstamo en el mercado y pueden cubrir por sí mismos las demandas de financiación o recabar la colaboración financiera de otras entidades que, en función de las cantidades que aporten, ostentarán el rango de directores o de simples participantes. Con la firma del contrato, el protagonismo pasa a manos del llamado banco "agente", normalmente uno de los jefes de fila, encargado de la supervisión, dirección y coordinación de la fase ejecutiva de la operación. Las funciones del banco agente son remuneradas con cantidades fijas devengadas anualmente mientras esté vigente el contrato.

La APERTURA DE CRÉDITO: Por este contrato, el banco acreditante se obliga a poner a disposición del cliente una suma de dinero, -o a facilitarle los medios que le permitan obtener crédito de un tercero- que el acreditado utilizará en el momento y en la cuantía que necesite. La apertura de crédito cumple una función muy destacada como fórmula habitual de financiación empresarial. Frente a la rigidez del préstamo, éste es un instrumento que permite adaptarse con facilidad a las necesidades de tesorería que vaya experimentando el acreditado ya que la suma concedida puede ser objeto de uno o varios actos de disposición según se haya pactado, aplicándose los intereses sólo sobre las cantidades efectivamente retiradas y no sobre el límite máximo del crédito concedido. Es un contrato consensual y bilateral, autónomo, de naturaleza distinta al préstamo de dinero. La obligación fundamental del banco consiste en poner a disposición del cliente el crédito concedido, atendiendo las órdenes de retiradas de fondos. Si el cliente ha hecho uso del crédito abierto (por cheque, retirada en efectivo por ventanilla, transferencia, etc.) surgen a su cargo una serie de obligaciones: a) la devolución al término del contrato de las cantidades realmente dispuestas, bien de una sola vez a la finalización del contrato, bien mediante amortizaciones parciales a lo largo de su duración; b) abonar los intereses devengados por las sumas retiradas, mientras que por las cantidades no dispuestas suele girarse una comisión de no disponibilidad para compensar al banco por el mantenimiento de los recursos, teóricamente sin rentabilizar, en espera de una solicitud de disposición procedente del cliente. Las clases son: 1. La cuenta corriente de crédito es la más practicada, pues se le aplica el mecanismo de la cuenta corriente; cuando el saldo del deudor rebasa el límite máximo de crédito concedido, se produce una situación de excedido en cuenta de crédito que se traduce en unos intereses más altos de los ordinarios. Se permite que las cantidades reembolsadas puedan ser nuevamente retiradas por el cliente (crédito rotativo) hasta la finalización del periodo de disposición. 2. Según las garantías ofrecidas se distinguen los créditos con garantía

personal o real (a éstas reales pertenecen las operaciones de crédito garantizadas con hipoteca de máximo, la pignoración de pólizas de seguros de vida, de saldos de libreta de ahorro e imposiciones a plazo fijo) para cubrir el riesgo de incumplimiento de las obligaciones del cliente acreditado.

Son causas de extinción las comunes a todos los contratos (muerte, insolvencia, disolución de la sociedad), el transcurso del plazo pactado o, a falta de plazo, la denuncia unilateral. La falta de pago de las cantidades adeudadas al banco provoca la cancelación anticipada del crédito y el cierre de la cuenta. Muchas veces la cantidad adeudada no coincide con el importe inicial de la financiación (intereses, cargos, abonos, etc.)

El DESCUENTO BANCARIO es aquella operación bancaria por la que el banco descontante, una vez deducidos los intereses correspondientes, anticipa al cliente descontatario el importe de un crédito no vencido que éste ostenta frente a un tercero. El descuento supone, a su vez, la cesión del crédito descontado a la entidad bancaria que, en su condición de cesionaria, puede reclamarlo legítimamente del tercero a su vencimiento. A falta de pago, el banco podrá repetir contra el cedente del crédito (cláusula salvo buen fin). En términos económicos puede decirse que el descuento bancario es un instrumento que permite a los empresarios obtener una liquidez inmediata merced al intercambio de un activo financiero por un activo monetario. Por su parte, la entidad bancaria encuentra en la operación de descuento una fórmula asaz segura para rentabilizar sus recursos de pasivo. Aunque en el descuento se advierten atributos que son propios de otros contratos, como el préstamo y la cesión de créditos, estamos ante un negocio jurídico atípico y complejo, cuya pertenencia a la categoría de los contratos de financiación le aleja del segundo, mientras que le separaría del préstamo el hecho de que de las cantidades anticipadas se resarce el banco a través de la realización del crédito cedido.

Clases: 1. El objeto de la operación puede ser cualquier crédito no vencido, que el cliente descontatario ostente frente a un tercero. Normalmente ese derecho estará incorporado a un documento cambiario (letra o pagaré) aunque nada impide el descuento o anticipo sobre títulos no cambiarios (certificaciones administrativas de obras). En el descuento cambiario, el más extendido en la práctica se distingue, a su vez, entre descuento comercial y descuento financiero. El primero tiene como presupuesto la existencia de una operación comercial, de la que surge una obligación de pago dinerario cuyo aplazamiento se documenta en una letra de cambio o en un pagaré. Las letras financieras o de caución, por el contrario, no tienen como antecedente una relación crediticia constituida, sino que más bien, se utilizan como alternativa a las tradicionales vías de acceso al crédito bancario. En el descuento financiero la garantía de la operación descansa no sólo en la solvencia del cliente, sino en la mayor seguridad de cobro que añaden los firmantes de favor en los títulos descontados. 2. En otro orden de ideas, el descuento bancario puede realizarse como operación aislada o integrarse dentro de una línea de descuento, así llamada porque el banco se compromete a admitir, hasta una cifra máxima, la negociación de los efectos que le sean presentados por su cliente. Suele instrumentarse en una cuenta corriente, destinada a reflejar todos los movimientos de fondos que se produzcan (importe del o de los descuentos efectuados, gastos suplidos, devolución de impagados, etc.) El límite de descuento concedido va reponiéndose conforme venzan y sean cobrados los efectos incluidos en cada remesa.

La TRANSFERENCIA Y EL GIRO: Una y otro constituyen supuestos típicos de intermediación bancaria en los pagos, de ahí su inclusión entre las operaciones que hemos rotulado como neutras o de gestión. Ambas, además, tienen una finalidad económica común, ya que permiten la realización de pagos sin necesidad del



transporte material de los fondos, sustituyéndose ventajosamente por simples anotaciones efectuadas por el banco en las cuentas de sus clientes. La transferencia supone una orden dada por el cliente (ordenador u ordenante) a su banco para que, con cargo a la disponibilidad de fondos existente a su favor en alguna cuenta, pague una cantidad de dinero a otra persona -beneficiario-, cliente del mismo banco (transferencia interior) o de otro distinto (transferencia directa), mediante los correspondientes asientos de cargo y abono en las respectivas cuentas. Entre el ordenante de la transferencia y su banco la relación jurídica que se constituye es la típica del mandato, siempre que existan fondos en la cuenta y con independencia de que ordenador y beneficiario hubieran convenido este medio de pago. Una vez verificada la orden de transferencia, y asentado su importe en la cuenta del beneficiario, el saldo de la cuenta del ordenante registrará el cargo efectuado, produciéndose la sustitución del deudor, de tal manera que el banco se convierte –por delegación de deuda- en el nuevo deudor del beneficiario de la transferencia. Para que la novación subjetiva produzca efectos extintivos es preciso que el acreedor consienta el cambio de deudor aunque, en la práctica, este consentimiento se considera expresamente concedido cuando en la documentación comercial (factura, albarán, etc.) se invita al deudor a pagar mediante transferencia bancaria, invitación que se presume implícita cuando en su publicidad comercial (anuncios, membretes, etc.), el empresario indica la entidad bancaria con la que mantiene relaciones de clientela y el número de la cuenta corriente. También se considera prestado el consentimiento de forma tácita si el beneficiario, una vez recibido el aviso de transferencia, no comunica a su entidad su negativa a aceptarla cursando la correspondiente orden de retrocesión. La transferencia genera el derecho de la entidad al percibo de una comisión así como a repercutir en su cliente los eventuales gastos que se hayan ocasionado (correos, teléfono, etc.).

El giro bancario, por su parte, es también un mandato de pago por el que un cliente ordena a su entidad que, con cargo a su cuenta o previa entrega de la suma en efectivo, ponga a disposición de un tercero una cantidad cierta de dinero, ya sea en las propias oficinas de la entidad bancaria, ya sea en el domicilio del beneficiario. Por lo general, el giro adquiere verdadera utilidad cuando el lugar de retirada de las sumas por el tercero-beneficiario es distinto de aquel en que se realizó la entrega por el cliente ordenante (orden de pago trayecticio).

La MEDIACIÓN en los pagos: El Crédito Documentario: Para facilitar el pago de las deudas dinerarias nacidas de operaciones comerciales, es frecuente recurrir a la intermediación de las entidades bancarias. Cuando los comerciantes se encuentran situados en lugares geográficamente alejados y, en particular, si no existe entre ellos una relación comercial consolidada, la natural incertidumbre sobre la puntual y efectiva realización de las prestaciones que incumben a las partes se agudizan notablemente. Para paliar esos inconvenientes, sobre todo en operaciones de comercio internacional, los exportadores e importadores suelen recabar la colaboración de las entidades bancarias con el fin de cubrir los posibles riesgos derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. En tales hipótesis, el papel desempeñado por el banco puede tener alcance diverso, según el grado de compromiso asumido y el consiguiente nivel de seguridad que su intervención proporcione a los comerciantes. Así puede suceder que la entidad bancaria limite su compromiso a poner a disposición del cliente su propia red de oficinas, con o sin financiación accesoria que, en todo caso, traerá causa de un título distinto (p. ej. cuenta corriente, línea de descuento, apertura de crédito, etc.)

Sin embargo, la actuación del banco adquiere plena relevancia y verdadera utilidad cuando, además de facilitar los pagos, asume la condición de garante de la operación presentándose frente al acreedor de su cliente como entidad pagadora. En estos

casos, los pagos suelen realizarse contra la recepción de documentos relativos a las mercancías que se adquieren (factura, conocimiento de embarque, carta de porte, etc.) Entre las técnicas bancarias de pago contra entrega de documentos se encuentran los denominados créditos documentarios. El crédito documentario es el acuerdo o convenio suscrito entre un banco y su cliente (normalmente, comprador de las mercancías) en cuya virtud dicho banco (emisor), obrando a solicitud y de conformidad con las instrucciones de su cliente (ordenante) se obliga a pagar al vendedor (beneficiario) el precio cuando le presente la documentación requerida (pago contra documentos) o a aceptar a negociar letras giradas por el beneficiario, una vez entregados los documentos correspondientes (aceptación o negociación contra documentos). Es relativamente frecuente la intervención de un segundo banco, por lo general del país del beneficiario, asumiendo meras funciones de intermediación (banco avisador o notificador) o convirtiéndose en garante de la operación, al mismo nivel que el emisor (banco confirmador).

El crédito documentario es, por definición, un negocio jurídico independiente de la operación comercial subyacente –compraventa, arrendamiento de bienes y servicios, suministro, etc.) Precisamente, por tratarse de una operación que incluye una pluralidad de relaciones jurídicas complejas, la derivada del contrato subyacente, por un lado, y, por otro, la establecida entre el cliente ordenante y el banco emisor y entre este último y el beneficiario merced a una promesa abstracta de pago, la naturaleza jurídica del crédito documentario es una cuestión discutida en la doctrina y en la jurisprudencia.

La clasificación más importante de créditos documentarios es la que distingue entre créditos revocables e irrevocables. Se reputan revocables aquellos que pueden ser modificados o cancelados en cualquier momento por el propio banco emisor, sin previo aviso al beneficiario. Si no se indica previamente su pertenencia a una u otra clase, se presume su libre revocabilidad. La escasa seguridad que esta modalidad ofrece al beneficiario hace recomendable pactar expresamente la irrevocabilidad del crédito documentario, lo cual no impide que, puestas de acuerdo las partes implicadas, decidan su modificación o cancelación definitiva. También pueden clasificarse atendiendo a la forma en que va a ser utilizado el crédito por el beneficiario. Así puede hablarse de créditos documentarios disponibles mediante pago que efectúa el banco, mediante aceptación de una letra de cambio emitida por el beneficiario o, finalmente, mediante la negociación de títulos presentados por el beneficiario. En cualquiera de estas hipótesis, el contrato deberá especificar con claridad la modalidad de utilización del crédito elegida.

Responsabilidad del banco: La obligación fundamental del banco emisor en el crédito documentario, cualquiera que sea su modalidad, se reduce a examinar con razonable cuidado toda la documentación relativa a la operación, cerciorándose de que, en apariencia, son conformes con los términos y condiciones del contrato. Comprobada la regularidad externa de los documentos y su adecuación con las estipulaciones contractuales, la entidad bancaria no adquirirá ningún tipo de responsabilidad por causa de la eventual insuficiencia, inexactitud, falsedad o ilegalidad de tales documentos ni por las características de las mercancías representadas así como tampoco por la actuación del expedidor, porteador o asegurador de las mismas.

La MEDIACIÓN en las emisiones y ofertas públicas de ventas de valores: Las entidades de crédito también pueden realizar actividades de intermediación o de servicios de inversión en el mercado primario de valores negociables. Básicamente sus funciones se refieren a la colocación o distribución de los valores entre el público inversor y, en su caso, al aseguramiento de las emisiones y ofertas públicas de venta de valores. Sin embargo, el contenido de estos servicios de inversión puede abarcar,

además, tanto el diseño de la operación de acuerdo con los objetivos marcados por el emisor u oferente (labores de dirección) como el control y seguimiento de la evolución de la demanda o la coordinación de las otras entidades que intervengan en la operación (labor de coordinación). En otras ocasiones la entidad de crédito puede comprometerse a facilitar la colocación en el mercado de valores omitidos u ofertados, pero sin asumir riesgo alguno por la incompleta suscripción o venta de los valores. En cambio, sí garantiza el resultado económico de la operación frente al riesgo de colocación, la entidad de crédito deberá adquirir los valores que no hayan podido ser colocados entre los inversores.

9. CONTRATO DE SEGURO: DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO DE SEGURO. FUNDAMENTOS TÉCNICO-ECONÓMICOS DEL SEGURO. CONCEPTO Y CLASES DE SEGURO. LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO. ELEMENTOS PERSONALES: EL ASEGURADOR Y SU PERSONAL, ESTATUTO DE LA EMPRESA DE SEGUROS, MEDIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS, EL TOMADOR, EL ASEGURADO Y EL BENEFICIARIO. PERFECCIÓN DEL CONTRATO: LA PROPOSICIÓN DEL SEGURO, LA PÓLIZA, EL DEBER DE DECLARACIÓN DEL TOMADOR. REASEGURO, CONTRASEGURO Y SEGURO SUBSIDIARIO. LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO. LOS SEGUROS DE DAÑOS: ELEMENTOS DEL CONTRATO, INTERÉS, RIESGO Y DAÑO, LA PRIMA DEL SEGURO. CONTENIDO BÁSICO DEL CONTRATO: OBLIGACIONES DEL TOMADOR, OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR. TIPOS CONTRACTUALES DEL SEGURO CONTRA DAÑOS. SEGUROS DE PERSONAS.

El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga mediante el cobro de la prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. Su naturaleza es aleatoria, pues las partes desconocen si el riesgo se va a producir. Sin embargo, el asegurador compensa el riesgo individual de cada contrato a través del principio estadístico de la ley de los grandes números, de manera que para el asegurador los riesgos individuales se compensan globalmente, desapareciendo la aleatoriedad de la relación jurídica. El contrato de seguro es también un contrato mercantil y tiene una doble naturaleza: de una parte, la conservación de la riqueza y, de otra parte, un instrumento de previsión ante circunstancias de infortunio en las personas o en las cosas, con independencia de una inversión financiera a largo plazo en el seguro de vida, ya que los empresarios de seguros actúan en el mercado de capitales como inversores institucionales, especialmente en el ámbito de la renta fija y de los inmuebles. Al tratarse la actividad aseguradora de una promesa de prestación futura se hace necesario un control administrativo de la misma y una adecuada protección del asegurado, en el momento de la contratación, durante el contrato y en el momento del siniestro.

Los ELEMENTOS PERSONALES de la relación asegurativa son: 1. El Empresario de Seguros: La legislación administrativa de control permite que la actividad aseguradora sea ejercida por entidades privadas que adopten la forma de SA, sociedad mutua a prima fija, o a prima variable, mutualidad de previsión social, sociedad cooperativa y delegaciones en entidades extranjeras. El empresario de seguros, con independencia de cumplir los requisitos que el legislador establece para la obtención de personalidad jurídica, además debe obtener una específica autorización administrativa de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, la cual se otorga cuando se

cumplen todos los requisitos. Los contratos de seguros realizados por un empresario no autorizado son nulos, además de la responsabilidad civil y penal de cobrar primas indebidamente y al no pagar los siniestros. El control administrativo abarca el ejercicio de la actividad, la publicidad, la situación financiera, el estado de solvencia, las condiciones generales de los contratos y las tarifas de primas utilizables; lo mismo que la distribución del seguro que se concreta en la Ley de Mediación de Seguros Privados, que contempla al agente de seguros, el cual trabaja en exclusiva para un determinado asegurador, de acuerdo con un contrato de agencia. Por otro lado existe el corredor de seguros, que tiene la naturaleza de mediador y que representa al asegurado ante el asegurador.

2. Asegurado y contratante: El asegurado es el titular del interés objeto del seguro, interés que se define como la relación entre una persona y un bien; la presencia del interés es un requisito esencial para la existencia de un seguro de daños, pero no en los seguros de personas. El asegurado puede ser el contratante, denominado legalmente "tomador del seguro" que firma el contrato de seguro y asume las obligaciones derivadas del mismo o ser una persona diferente.. En estos casos, el tomador de la póliza realiza un contrato de seguro por cuenta ajena, a favor de personas determinadas o determinables por el procedimiento que las partes acuerden. Si hay duda, se presume que es por cuenta propia. 3. El Beneficiario: El derecho a la indemnización compete al asegurado, que puede cederlo a un tercero, en los seguros de daños, a través del mecanismo general de la cesión de créditos. En el seguro de vida existe la figura del beneficiario de la prestación, que tiene un derecho autónomo e independiente del asegurado. 4. Perjudicado: Finalmente, en los seguros de responsabilidad civil aparece la figura del perjudicado o víctima que ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios, frente al asegurado, causante de los daños, y su asegurador.

PERFECCIÓN y documentación del contrato de seguro: 1. Perfección y solicitud: Generalmente es un contrato escrito que se inicia con una solicitud de celebración, bien espontáneamente o merced a la influencia de un mediador de seguros. El asegurador debe informar con exactitud y antelación las características fundamentales del seguro, si es de vida, la legislación aplicable y los modos y formas de reclamación contra el asegurador. El contrato se formaliza y se paga la prima. La solicitud del seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, de suscripción obligatoria, que una vez diligenciada por el asegurador o la proposición de seguro desde la fecha de su aceptación por el tomador, vincula al asegurador por quince días, pudiendo rechazar la solicitud antes de que concurran diez días. El certificado de seguro puede sustituir a la póliza y constituye el único medio de prueba extraprocesal para acreditar la existencia del seguro.

La PÓLIZA: Tiene condiciones generales y particulares, las cuales prevalecen sobre las generales en caso de conflicto. Las condiciones particulares deben concretar las partes contratantes, así como el concepto de su intervención contractual, el riesgo cubierto, la localización del mismo en el seguro de daños, la suma asegurada o alcance de la cobertura, el importe de la prima, recargos e impuestos, vencimiento, lugar y forma de pago, así como la duración del contrato, con indicación del principio y fin del mismo. Si el contenido de la póliza difiere de la solicitud o la propuesta, el tomador puede reclamar la modificación de las cláusulas contractuales en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para subsanar las divergencias existentes. Transcurrido dicho plazo, prevalecerá lo dispuesto en la póliza. En función de la persona del asegurado, las pólizas pueden ser nominativas, a la orden y al portador. No constituyen títulos valores, sino títulos de legitimación, puesto que la transferencia del título, de acuerdo con la naturaleza del documento, ocasiona la del crédito contra el asegurador con iguales efectos, sin que se produzca la autonomía de

la adquisición. Una modalidad típica es la póliza flotante o de abono, en la que la cobertura del asegurador oscila en función de las declaraciones del tomador atendiendo al incremento o disminución de los objetos asegurados.

**ELEMENTOS REALES Y CAUSALES DEL SEGURO:** 1. La Prima: Es la prestación dineraria del tomador del seguro, como contraprestación de la asunción del riesgo por parte del asegurador. Es el precio del seguro, el cual no puede ser fijado arbitrariamente por el asegurador, sino que se somete al control de la Administración Pública. Debe ser satisfecha de acuerdo con lo pactado en el contrato. Es pagadera en el domicilio del cobrador, salvo pacto en contrario; actualmente es común la domiciliación bancaria. Si no se paga, se puede exigir su cumplimiento mediante un procedimiento ejecutivo. Salvo pacto en contrario, si la prima no se paga antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación. 2. El Riesgo: La causa del contrato de seguro es la asunción del riesgo soportado por el asegurado originariamente. El riesgo es la probabilidad de acaecimiento de un determinado hecho o evento. Los distintos riesgos asumibles por el asegurador constituyen el fundamento de las diversas clasificaciones del seguro. El riesgo tiene que existir en el momento de la conclusión del contrato, ya que en caso contrario sería nulo. Es fundamental la delimitación del riesgo asumido por el contrato.

**EFECTOS del contrato:** Con independencia de la obligación sinalagmática del pago de la prima, sobre el tomador del seguro y el asegurado pesan los siguientes deberes: a) El tomador de seguro está obligado a informar exacta y adecuadamente, sin reticencias ni omisiones, de la situación del riesgo asegurado y si incurriere en dolo o culpa grave, quedará el asegurador liberado del pago de la prestación, si el riesgo fuera inasegurable; b) deber de comunicar la agravación del riesgo: el tomador del seguro o el asegurado están obligados a comunicar al asegurador, durante el curso del contrato y tan pronto como les sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que, si hubieran sido conocidas por el asegurador en el momento de la perfección del contrato, no lo habría asegurado o lo habría concluido en condiciones más gravosas. El asegurador queda liberado de la prestación si el siniestro se produce antes que se haya comunicado la agravación, si hubo mala fe. Con criterios análogamente inversos, sucede en caso de disminución del riesgo (la modificación del precio de la prima o la resolución del contrato); c) el aviso de siniestro y el deber de información: el tomador o asegurado deben informar todas las circunstancias y consecuencias del siniestro. En caso de violación de este deber, se sanciona con la pérdida del derecho a la indemnización si concurre dolo o culpa grave; d) el deber de aminorar las consecuencias del siniestro: el incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado. Si el asegurado tiene intención de engañar o perjudicar al asegurador, se le sanción con la pérdida del derecho a la indemnización.

Las obligaciones del asegurador son el pago de la indemnización en caso de siniestro dentro de los límites pactados, si no haya mala fe del asegurado. Debe ser rápido y ágil en un plazo máximo de 40 días. El asegurador ha de incrementar la indemnización en el interés legal más el 50 por 100 anual si no hubiera realizado la reparación del daño o indemnizado su importe en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, si no hay causa justificada.

La duración del contrato en la práctica es anual. Los seguros de daños no pueden ser superiores a 10 años, los de vida sí. La renovación puede ser tácitamente anual. La no renovación debe ser expresa con dos meses de anticipación al vencimiento del mismo.

El plazo de prescripción en los seguros de daños es de dos años y en los seguros de personas de cinco años.

Los SEGUROS DE DAÑOS son aquellos que pretenden el resarcimiento del daño patrimonial sufrido por el asegurado. Este daño puede producir una destrucción o deterioro de un bien concreto (seguro de daños en las cosas). El daño también puede consistir en la frustración de unas determinadas y fundadas expectativas legítimamente esperadas (seguro de lucro cesante). Por último, el daño se puede manifestar por una disminución del patrimonio (seguro de patrimonio). La ratio de este principio indemnizatorio se encuentra en la propia función social del seguro de daños, dirigido a la conservación de la riqueza económica. Hoy en día este principio de conservación tiene una clara manifestación en la tarea de prevención del riesgo (es decir, en la adopción de las medidas necesarias para que la realización del daño sea lo más difícil posible).

El interés que se asegura y la suma asegurada: El interés, concepto exclusivo de los seguros de daños, es un requisito esencial para la validez del contrato de seguro. El interés puede ser relativo a una concreta cosa o bien a la actualización de una expectativa e, incluso, a la intangibilidad del patrimonio o de elementos patrimoniales concretos. El interés, como tal, puede ser objeto de valoración a efectos de fijar los límites de la cobertura asegurativa. En principio, la valoración debe ser objetiva, basada en criterios de mercado o de uso, sin incluir el valor subjetivo o afectivo. Tradicionalmente se distingue entre el valor de interés inicial o valor asegurable (que es el valor del objeto del seguro en el momento de la conclusión o perfección del contrato de seguro), valor sucesivo (el que tiene el interés durante el contrato), valor final (el que existe en el momento inmediatamente anterior al siniestro) y valor residual (que es el valor remanente después de la ocurrencia o acaecimiento del siniestro). Por otra parte, la suma asegurada o valor asegurado es el importe dinerario en que se asegura el interés. Esta suma puede coincidir con el valor real del interés en el momento de la conclusión (valor asegurable o valor inicial). La suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro.

Valor del interés y suma asegurada: SEGURO PLENO, SOBRESSEGURO E INFRASEGURO: La relación entre el valor del interés asegurado y la suma asegurada tiene un punto óptimo (cuando el valor asegurado y el valor asegurable coinciden), que es el denominado “seguro pleno”. Sin embargo, en función de la depreciación monetaria o de otras circunstancias, la relación entre el valor del interés y de la suma asegurada varía durante la vigencia del seguro. Si la suma asegurada es inferior al valor del interés, se produce una situación de “infraseguro”, en virtud de la cual el asegurado asume una parte del riesgo, que no es objeto de cobertura, de manera que el asegurador indemnizará el daño causado en la misma proporción en que aquel cubre el interés asegurado (así por ej. si una casa está asegurada de incendios en 30.000 euros en el año 2000, y en el año 2005, cuando se quema la mitad, valía 60.000 euros, la indemnización del asegurador será únicamente de 15.000 euros). Las partes pueden excluir en la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato, la aplicación de la regla proporcional mencionada. La hipótesis contraria es el “sobresseguro”, que se produce generalmente cuando la suma asegurada supera notablemente el valor del interés. En este caso, cualquiera de las partes podrá exigir la reducción de la suma y de la prima, debiendo restituir el asegurador el exceso de las primas percibidas, si el sobresseguro se hubiera producido de buena fe. En cualquier caso, si se produjere el siniestro, el asegurador indemnizará sólo el daño efectivamente causado. El contrato será nulo si el sobresseguro se debe a la mala fe del asegurado, pudiendo el asegurador retener las primas vencidas y las del periodo

en curso. Para evitar el desajuste entre el valor del interés y la suma asegurada, la ley permite el establecimiento contractual de índices de revalorización automática.

El procedimiento de liquidación del siniestro: El asegurado debe probar la preexistencia de los objetos asegurados, constituyendo una presunción a su favor el contenido de la póliza. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre la valoración de los daños, ésta se hará por medio de peritos. Si no hay acuerdo entre peritos, se debe nombrar un tercer perito de conformidad y, de no existir ésta, la designación se hará por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallaren los bienes, en acto de jurisdicción voluntaria. El dictamen de los peritos será vinculante, salvo impugnación judicial. Cada parte pagará los honorarios de los peritos. La subrogación del asegurador: El asegurador, una vez pagada la indemnización y dentro de los límites cuantitativos de la misma, puede ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro corresponderían al asegurado frente a las personas responsables de la misma.

CLASES DE SEGUROS DE DAÑOS: 1. Seguro de Incendios: El asegurador cubre todas las causas del incendio, salvo que sea provocado por dolo o culpa grave del asegurado, no pudiendo entrar, salvo pacto expreso, en el ámbito de cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros<sup>2</sup>, ni en los demás riesgos extraordinarios; 2. Seguro contra Robo: La cobertura comprende el daño causado por la comisión del delito en cualquiera de sus formas. La indemnización se extiende al valor del bien asegurado, a los daños que se deriven de la comisión del delito; salvo pacto en contrario, se excluyen los riesgos extraordinarios, así como los siniestros causados por negligencia grave del asegurado, del tomador del seguro o de las personas que de ellos dependan o que con ellos convivan; 3. Seguro de Transportes Terrestres: El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a indemnizar los daños materiales que pueden sufrir con ocasión o como consecuencia del transporte de las mercancías porteadas, el medio utilizado u otros objetos asegurados; 4. Seguro de Lucro Cesante: El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a asegurar al indemnizado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato. Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza. La LCS coordina los seguros de daños en las cosas y los de lucro cesante, fijando el deber de comunicación del asegurado, que viene sancionado con la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento; 5. Seguro de Caución: El asegurador se obliga, en caso de incumplimiento del tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la ley o el contrato, Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro; 6. Seguro de Crédito: El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y el contrato, a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores. La peculiar naturaleza de este seguro impone una serie de deberes legales, tales como la información respecto a los créditos asegurados, la colaboración en la persecución judicial, y la cesión del crédito con el objeto de facilitar la subrogación. La LCS

---

<sup>2</sup> El Consorcio de Compensación de Seguros es una empresa pública aseguradora de determinados riesgos extraordinarios, tales como fenómenos de la naturaleza o actos terroristas. Además desempeña tareas de aseguramiento de vehículos públicos, seguro obligatorio de viajeros. Recientemente ha extendido su campo de cobertura al reaseguro en relación con los riesgos de terrorismo que puedan afectar al tráfico aéreo.

reglamenta los supuestos de insolvencia definitiva, entre los que se encuentra la quiebra, el convenio judicial de quita y el mandamiento de embargo infructuoso, así como el mutuo acuerdo. Una modalidad especial de este seguro es el seguro de crédito a la exportación; 7. Seguro de Responsabilidad Civil: El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. Este seguro comporta la defensa procesal del asegurado frente a la reclamación del perjudicado, salvo pacto en contrario; 8. Seguro de Defensa Jurídica: El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro. De la cobertura asegurativa quedan excluidos el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales. El seguro de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato independiente, si bien el contrato podrá incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrá de especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde. La póliza recoge el derecho a la libre elección de abogado y procurador y se prevea un procedimiento arbitral para dirimir las divergencias que surjan entre asegurado y asegurador, debiendo designarse los árbitros con posterioridad al planteamiento de la controversia. En caso de conflicto de intereses el asegurador debe comunicarlo al asegurado. 9. Existen muchas más modalidades de seguros (de cristales, avería de maquinaria, montaje, equipos electrónicos, anulación de viajes, etc.). Es dable reseñar el Seguro Agrario, que tiene una normativa específica. Los seguros agrarios comprenden el conjunto de riesgos que amenazan los intereses agropecuarios o forestales, tales como pedrisco, incendio, sequía, heladas de cosecha, muerte, accidente del ganado y trabajos de extinción de incendios forestales e indemnización de las personas accidentadas. La actividad aseguradora se realiza por Agroseguro (Agrupación Española de Entidades Aseguradoras de Seguros Agrarios Combinados, S.A.), bajo el doble control de la DGSFP y ENESA, entidades estatales, actuando el Consorcio de Compensación de Seguros como accionista y reasegurador obligatorio.

Los SEGUROS DE PERSONAS se refieren a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado. Frente a la valoración económica, típica de los seguros de daños, los seguros de personas se basan en criterios diferentes, de manera que el interés asegurable carece de valor a priori, viniendo determinado por una serie de circunstancias que, además de las razones dependientes de la capacidad económica del sujeto, se basan en motivaciones relativas a la previsión familiar, condicionamientos fiscales, etc. Por esta causa los seguros de personas suelen configurarse como seguros de sumas, prefijados unilateralmente por el asegurado a la hora de contratar. La falta de valoración del interés, e incluso la carencia total de interés, implica la inexistencia del principio indemnizatorio en el campo de los seguros de personas, lo que supone la ausencia del mecanismo subrogatorio del asegurador frente al tercero responsable, salvo en lo relativo a los gastos de asistencia sanitaria.

1. SEGURO DE VIDA: Es un peculiar seguro de sumas, de manera que la prestación del asegurador va a consistir en una cantidad de dinero unilateralmente fijada en el contrato y que no necesita guardar ninguna relación con un daño, cuya realidad, en caso de que exista, no necesita ser demostrada. El seguro sobre la vida es un verdadero contrato de seguro, porque se basa sobre la existencia de un riesgo como es la mayor o menor duración de la vida humana, y en ocasiones es suficiente la garantía de un riesgo financiero, garantía de la conservación del capital o prima



aportada y/o el otorgamiento de un interés mínimo. Existe una amplia gama de combinaciones, pero la más tradicional y relevante es la que atiende a la naturaleza del riesgo asegurado: el seguro puede estipularse para el caso de muerte —el hecho que desencadena la prestación del asegurador es la muerte del asegurado— como para el caso de sobrevivencia— el hecho de la prestación del asegurador es la supervivencia del asegurado a una determinada fecha, edad o acontecimiento, o ambos conjuntamente, de forma que el asegurador se compromete a pagar la suma asegurada si alcanza una edad determinada o fallece antes de la fecha—. Puede ser un seguro temporal o un seguro por la vida entera. En el primero, el asegurador se obliga al pago de la suma asegurada si la muerte del asegurado ocurre dentro del plazo prefijado. En el segundo, la prestación del asegurador se realiza sólo en el momento de la muerte del asegurado, sea cual fuere el momento en que ésta se produce. Si se atiende a la naturaleza de la prestación del asegurador, puede ser un seguro de capital (de pago inmediato o diferido) o de renta (fija o variable, vitalicia o temporal, inmediata o diferida). En este último caso la prima se pagará hasta el comienzo de la prestación de renta. Por el criterio de la persona sobre cuya vida se contrata, el seguro puede ser sobre la propia vida del tomador del seguro o contratante, y sobre la propia vida de un tercero o, alternativamente, sobre la vida de dos o más personas distintas (seguro sobre dos cabezas). La renta vitalicia puede ser reversible en un determinado porcentaje a favor de otra persona.

Los elementos personales del seguro de vida son, además del asegurador y el asegurado, otras personas, asumiendo, en todo caso, especiales derechos, el tomador o contratante del seguro. El asegurado es la persona física sobre cuya vida se hace el seguro, de manera que su muerte o supervivencia, en un momento contractualmente fijado, obliga al asegurador a satisfacer el capital o renta asegurados. La LCS prohíbe el seguro para el caso de muerte sobre la cabeza de menores de 14 años de edad o de incapaces, salvo que la cobertura de muerte resulte inferior o igual a la prima satisfecha por la póliza o al valor de rescate. Cuando el asegurado es menor de edad (mayor de 14 y menor de 18 años) en los seguros de fallecimiento y de sobrevivencia, es necesaria la autorización por escrito de los representantes legales. El tomador o contratante es la persona que estipula el contrato con el asegurador y firma la póliza, asumiendo las obligaciones que ésta le impone y fundamentalmente la de pagar la prima. El beneficiario es el titular del derecho a la indemnización; es la persona a favor de la cual se contrata el seguro y ha de percibir en su día del asegurador el capital o renta.

El régimen jurídico del seguro de vida: Se ha introducido el derecho de arrepentimiento del tomador en los seguros individuales de duración superior a seis meses, que deberá ejercitarse en el plazo de 15 días a partir de la fecha de entrega de la póliza o documento de cobertura provisional. Tiene eficacia desde el día de la expedición, cesando automáticamente la cobertura de seguro y viniendo obligado el asegurador a devolver las primas percibidas, salvo la parte correspondiente al tiempo en que el contrato hubiere tenido vigencia. En el seguro de vida para el caso de muerte tiene gran relevancia el deber de declaración del estado de salud del asegurado, salvo la existencia de cláusulas de indisputabilidad. El suicidio no está cubierto mientras no transcurra un año desde la perfección del contrato, y la muerte del asegurado causada por el beneficiario le priva del derecho a la indemnización. El error en la edad permite la impugnación por el asegurador si excede de los límites de asegurabilidad establecidos. En otro caso, cambia la indemnización o la prima. El tomador del seguro tiene derecho a obtener anticipos del asegurador, cuya no restitución o impago de intereses equivale al rescate. El tomador podrá pignorar o ceder la póliza siempre que no haya sido designado beneficiario con carácter irrevocable, comunicándolo fehacientemente al asegurador.

El Seguro de Accidentes: Sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el contrato, se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte. La provocación voluntaria del siniestro por parte del asegurado, libera al asegurador del cumplimiento de su obligación. Si es el beneficiario el que ocasiona el siniestro, queda nula la designación a su favor. La indemnización corresponderá al tomador o, en su caso, a los herederos de éste. El seguro obligatorio de viajeros con ocasión de un desplazamiento en un medio de transporte público de personas.

Seguro de Enfermedad y Asistencia Sanitarias: El seguro de enfermedad es el que protege al asegurado contra las consecuencias de un estado anormal del cuerpo o del espíritu, según dictamen médico. La prestación del asegurador consiste en una cantidad monetaria por cada día de enfermedad, con un plazo de carencia y un límite máximo de indemnización. En algunos casos se limita al resarcimiento de los gastos de hospitalización o asistencia quirúrgica. Por el contrario, el seguro de asistencia sanitaria es un seguro de prestación de servicios, a través del cual el asegurador asume la prestación de servicios médicos, sin que en principio el asegurado tenga derecho a una suma dineraria.

El REASEGURO: Por el contrato de reaseguro el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de las obligaciones de éste asumidas como asegurador en un contrato de seguro.

10. DERECHO CAMBIARIO: LA LETRA DE CAMBIO: CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA LETRA DE CAMBIO. LOS DISTINTOS SISTEMAS CAMBIARIOS Y SU UNIFICACIÓN. LA EMISIÓN DEL TÍTULO: CAPACIDAD CAMBIARIA, DECLARACIONES CAMBIARIAS, LOS REQUISITOS FORMALES EN LA LETRA DE CAMBIO, CLÁUSULAS POTESTATIVAS Y CLÁUSULAS NO PERMITIDAS, LA LETRA EN BLANCO, TRANSMISIÓN DE LA LETRA DE CAMBIO. EL ENDOSO, CLASES DE ENDOSO, EFECTOS DEL ENDOSO. LA ACEPTACIÓN DE LA LETRA DE CAMBIO: CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN, LA PRESENTACIÓN A LA ACEPTACIÓN, EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN. EL AVAL CAMBIARIO. EL PAGO DE LA LETRA DE CAMBIO. LA LETRA DE CAMBIO NO ATENDIDA, LOS DEBERES DE DILIGENCIA DEL TENEDOR DE LA LETRA DE CAMBIO, LA ACREDITACIÓN DE QUE LA LETRA NO HA SIDO ATENDIDA. EL PROTESTO Y LOS SUSTITUTIVOS DEL PROTESTO, EL REGRESO, CLASES Y ACTUACIÓN DEL DERECHO DE REGRESO, LAS ACCIONES CAMBIARIAS, LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO CAMBIARIO, ACCIÓN CAMBIARIA Y ACCIÓN CAUSAL. LA DEFENSA DEL DEUDOR CAMBIARIO, RÉGIMEN DE LAS EXCEPCIONES CAMBIARIAS. PRESCRIPCIÓN Y DECADENCIA DE LA ACCIÓN CAMBIARIA.

La letra de cambio es un título-valor, literal y abstracto, en cuyo libramiento, expresamente, se ordena la realización de un pago en dinero a favor de una persona determinada o a la orden de ésta e, implícitamente, se garantiza el cumplimiento de dicha orden. La letra puede ser endosada por su tenedor; aceptada por el librado y avalada por terceros o por cualquier firmante del título. La letra es un contrato vinculado, desde sus orígenes, con los contratos de crédito y las operaciones bancarias. Surgida en la Baja Edad Media como instrumento de los contratos de cambio trayectivo, ocupa, hasta la actualidad, un lugar de primer orden en el mercado

crediticio y seguirá siendo utilizado por ese gran público de consumidores y usuarios a cuya protección atiende especialmente.

**Causa de las obligaciones cambiarias:** La obligación cambiaria se constituye en virtud de una razón o causa, de una pre-existente relación jurídica de la que es sujeto pasivo la persona que la asume. No se lleva a cabo con finalidades inmediatamente solutorias de la relación o débito que la motiva, sino para facilitar la realización final del interés del acreedor. **LIBRAMIENTO:** La letra surge en virtud del libramiento, que puede definirse como el negocio integrado por la declaración por la cual el librador fija el contenido esencial de la orden de pago que, en beneficio del tomador, dirige al librado y por la entrega o puesta en circulación del documento en el cual esta declaración se contiene. Además de la orden expresa de pago el libramiento incluye un mandato implícito de aceptación de la letra y una promesa, también sobreentendida, de que en caso de falta final de atención al título, o de planteamiento de una crisis equivalente, el librador indemnizará al tenedor los perjuicios que de ello se deriven. El libramiento es un negocio formal, entendiendo esta expresión referida a una doble exigencia constitutiva: la manifestación por escrito de la voluntad negocial del librador y la *datio* o entrega del documento en el cual se recoge dicha manifestación.

Para que exista una letra de cambio, el libramiento debe contener los siguientes requisitos: 1. La denominación de Letra de cambio, inserta en el texto mismo del título, 2. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada en euros o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial; 3. El nombre de la persona que ha de pagar, denominada librado; 4. La indicación del vencimiento; 5. El lugar en que se ha de efectuar el pago; 6. El nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar; 7. La fecha y el lugar en que la letra se libra; 8. La firma del que emite la letra, denominado librado.

**Las Cláusulas Facultativas: POTESTATIVAS y NO PERMITIDAS:** Las cláusulas facultativas son todas las menciones puestas en la letra de cambio. Las cláusulas potestativas son todas aquellas previstas y admitidas en la LC, son muy numerosas y cambiantes a las exigencias del mercado. Las no permitidas son ineficaces y si inciden en la sustancia o esencia de la letra podría anularla.

**El ENDOSO:** La utilización generalizada de la letra de cambio en el tráfico descansa en gran parte en la simplicidad y eficacia con que pueden circular los derechos que incorpora. Es una manera muy sencilla en la que el adquirente de una letra reciba con la máxima seguridad y garantía el derecho representado en ella. El endoso es la forma más frecuente y típica de circulación del crédito cambiario; es el negocio a través del cual, mediante una declaración recogida en la letra y entrega de ésta, el endosante transmite al endosatario el título y los derechos a él incorporados, o constituye a su favor una garantía real sobre uno y otros, o le legitima para el ejercicio de los derechos cambiarios en calidad de mandatario. El endoso ha de ser puro y simple (sin condiciones) y referirse a la totalidad de la suma cambiaria; requiere la entrega o tradición del título endosado. Sin firma no hay existencia de la declaración de voluntad, ya que ella produce todos los efectos de un endoso válido. El endoso puede ser **PLENO:** Es el que transmite la propiedad de la letra de cambio y todos los derechos resultantes del título y produce tres efectos: 1) Traslato de la propiedad de la letra, 2) legitimatorio puesto que el tenedor se considera portador legítimo, 3) de garantía ya que el endosante garantiza la aceptación y el pago frente a los tenedores posteriores. El endoso también puede ser **LIMITADO** y no transmite la propiedad de la letra ni los derechos resultantes del título. El endoso con efectos de **CESIÓN ordinaria:** los endosos posteriores al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para levantar el protesto no producirán otros efectos que los de una cesión ordinaria. La transmisión de la letra sin endoso, cuando el

librador haya escrito en la letra de cambio las palabras “no a la orden” o una expresión equivalente, en este caso la transmisión producirá los efectos de la cesión ordinaria de todos los derechos del cedente.

La ACEPTACIÓN supone la manifestación de una voluntad conforme con el cumplimiento de la orden dada por el librador. Ha de ser incondicionada, corresponde al librado. La aceptación es el negocio cambiario típico, formalizado por la declaración firmada en la letra de una voluntad conforme con la orden contenida en el libramiento y por la devolución o entrega del título, que obliga al librado al pago de la letra a su vencimiento. La presentación puede hacerse por el tenedor o simple portador. Deberá hacerse al librado. La aceptación se integra formalmente por la inclusión de una declaración escrita, amparada con la firma del aceptante, en la letra y por la devolución de ésta a quien la presentó a la aceptación o a su portador legítimo. La aceptación de la letra supone el cumplimiento de la promesa implícita de su realización contenida en las declaraciones cambiarias del librador y de los endosantes; consecuentemente libera de la responsabilidad derivada de ella. El librado-aceptante se convierte en el obligado directo y principal, puesto que no se limita, como los restantes firmantes, a garantizar el pago de la letra, sino que se obliga a pagarla, y responde del incumplimiento de su obligación ante todos los posibles tenedores del título, mientras que ningún firmante de la letra es cambiariamente responsable ante él. La aceptación puede desarrollar e incluso alterar lo establecido en el libramiento respecto del domicilio en que se ha de efectuar el pago de la letra (excepto el lugar de dicho pago). La fecha de su aceptación fija el día inicial para el cómputo del vencimiento de la letra de cambio girada a un plazo desde la vista.

El AVAL es un negocio cuya función esencial es la de reforzar la seguridad del tenedor en la definitiva satisfacción de su crédito. La garantía ofrecida por el aval es, a la vez, accesoria y autónoma. Accesoria porque se apoya, al menos formalmente, en otra obligación cambiaria, la del avalado o persona a quien se avala y porque el avalista responde de igual manera que ésta. Autónoma porque es válida aunque la obligación garantizada resulte nula por cualquier causa que no sea vicio de forma y porque el avalista no podrá oponer las excepciones personales del avalado. Al igual que las declaraciones del librador, del aceptante o del endosante, la del avalista ha de ir acompañada de la entrega del título en el que se recoge al tenedor para que éste adquiera el derecho cambiario derivado de ella. Conforme a estas ideas podría definirse el aval como el negocio cambiario típico en virtud del cual se ofrece a los tenedores de la letra la garantía de una persona, avalista, formalmente dependiente de la de otro obligado en el título, avalado, pero configurada en el plano sustancial con carácter autónomo. Los avales pueden ser plenos o generales y limitados. Formalmente el aval se da en función de una obligación garantizada: el avalista responde tan sólo ante aquellos tenedores del título frente a los que formalmente responde el avalado. Si el avalista, actuando como tal, paga la letra de cambio, adquiere los derechos derivados de ella contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiariamente respecto de esta última.

La presentación al pago, el pago y la falta de pago de la letra: a) La presentación al pago: La letra de cambio es un título de presentación, cuya exhibición y ofrecimiento de entrega constituye presupuesto lógico para la reclamación de su pago. Las letras pagaderas en día fijo, en un plazo a contar desde la vista deberán presentarse para el pago al librado el día de su vencimiento o uno de los dos días hábiles siguientes. En caso de giro sobre distintos librados, en principio puede presentarse a cualquiera; pero, si la han aceptado varios, deberá presentarse a todos los aceptantes. E igualmente en otras fechas previstas (sea al mes, al año, etc.) La presentación ha de hacerse por el tenedor o portador legitimado conforme a las reglas cambiarias, o por un causahabiente o representante de él, mediante la exhibición del título; si bien

cuando éste se encuentre en poder de una entidad de crédito la presentación podrá realizarse mediante el envío al librado, con anterioridad suficiente al día del vencimiento, de un aviso conteniendo todos los datos necesarios para la identificación de la letra a fin de que pueda indicar sus instrucciones para el pago; b) El Pago: El pago de la letra puede definirse como el cumplimiento de la orden del librador por el librado o el domiciliatario a la presentación del título por el tenedor. Antes del vencimiento el portador no puede ser obligado a recibir el pago, y si el librado paga lo hace por su cuenta y riesgo. En principio el pago ha de realizarse en la especie monetaria indicada en el libramiento y si es en moneda extranjera, por las normas de control de cambio. Si no pudiera hacerse totalmente, la ley impone la admisión del pago parcial al portador, quien no podrá rechazarlo. El pago del librado produce el buen fin de la letra y la extinción de todas las obligaciones cambiarias; c) La falta de pago de la letra atribuye al tenedor la posibilidad de ejercitar la acción cambiaria en vía directa o en vía de regreso contra los que la hubieren librado, aceptado, endosado o avalado, así como, salvo estipulación en contrario, la facultad de girar contra cualquiera de los obligados en regreso de una letra de resaca.

La responsabilidad de los diferentes obligados cambiarios es exigible sin necesidad de respetar orden alguno, pero sólo por los acreedores ante quienes deben responder al no ser, a su vez, responsables frente a ellos. Conforme a este planteamiento básico, el alcance de la responsabilidad asumida por los diferentes obligados cambiarios puede resumirse, esquemáticamente, en los siguientes términos: El librado-aceptante responde ante todo tenedor de la letra; el avalista del aceptante, ante todo tenedor que no sea el aceptante; el librador, ante todo tenedor que no sea el obligado directo; el avalista del librador, ante todo tenedor que no sea el librador o el obligado directo; el endosante, ante el tenedor que haya adquirido el título con posterioridad a él y no sea, a su vez, frente a él, responsable; el avalista del endosante, ante todo tenedor frente al que responda su endosante; el aceptante por intervención, ante todo tenedor frente al que responda la persona por cuya cuenta interviene.

El PROTESTO es un acto notarial que consta en un acta en la que se reproduce la letra y se declara la existencia de unas situaciones significativas que pueden afectar a la suerte de los créditos cambiarios. Debe ser notificado al librado para ofrecerle una última posibilidad de subsanar la crisis planteada. La LC le atribuye un singular valor en el sistema cambiario: es, en principio, el mecanismo al que ha de acudir el tenedor para hacer constar la falta de aceptación o de pago de la letra, y el vehículo necesario para fijar datos de trascendencia cambiaria (como las fechas omitidas en las aceptaciones) o para recoger declaraciones que formuladas fuera de él perderían gran parte de su eficacia (como la petición de segunda presentación o la negación de la firma o la alegación de falta de representación). El protesto puede sustituirse por una declaración equivalente en la letra, salvo previsión contraria del librador hecha constar expresamente en el espacio reservado a las cláusulas facultativas.

El tenedor está obligado a comunicar la falta de aceptación o de pago a su endosante y al librador; al endosante que reciba esta comunicación a dar otra análoga a su endosante; y así sucesivamente hasta llegar al librador. Toda comunicación que se realice a un firmante de la letra deberá también hacerse a su avalista; por el tenedor o endosatario si conoce la dirección de éste, por el avalado en caso contrario.

Las vías utilizables por el tenedor para la defensa de sus derechos, antes de utilizar la tutela jurisdiccional, puede buscar extrajudicialmente la satisfacción de su crédito requiriéndola de los obligados cambiarios; de los obligados directos y de los obligados en regreso, en caso de falta de pago, o solamente de los últimos en los supuestos de crisis anteriores al vencimiento. Una fórmula especial prevista en la LC para obtener de los obligados en regreso la satisfacción la satisfacción debida al tenedor es el giro

de la "letra de resaca", muy poco utilizada actualmente en la práctica aunque lo fuera mucho en otros tiempos. Se trata de una letra librada a la vista por el tenedor sobre cualquiera de los obligados en regreso por el importe de la letra anterior, intereses y gastos. El derecho a girar una resaca puede ser excluido por expresa estipulación en contrario.

La ACCION CAMBIARIA es aquella acción que asiste al tenedor de una letra para exigir ante los órganos jurisdiccionales la satisfacción de su crédito por parte de los responsables de las resultas del título. Puede ser: a) directa, contra el librado-aceptante y sus avalistas, o de regreso, contra cualquier otro obligado: librador, endosante, aceptante por intervención y sus respectivos avalistas; b) por falta de pago o por crisis que abren el regreso antes del vencimiento; c) ejercida a través de un proceso declarativo o del juicio cambiario. Pero en todo caso ha de entenderse que cualquiera que sea su modalidad o forma de ejercicio responde a un único concepto sustancial, como demuestra la misma expresión singular utilizada por la LC al establecer que la acción cambiaria puede ser directa o de regreso y, sobre todo, la posibilidad de constituir una litis consorcio pasiva mediante el ejercicio de la acción cambiaria contra varios o todos los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio.

Las acciones CAUSALES: El perjuicio de la acción cambiaria de regreso produce efectos de pago sobre las obligaciones fundamentales de los responsables cambiarios que quedan liberados y, por consiguiente, determina la pérdida de las acciones causales contra ellos. En el primero, el tenedor puede optar por buscar la tutela de su derecho a través del ejercicio de la acción cambiaria o del ejercicio de la acción causal, cauce en el que puede reclamar el cumplimiento de la obligación fundamenta o básica para cuya instrumentación le fue entregada la letra, o el de otra obligación de la misma naturaleza que le haya cedido o transmitido el tenedor cambiario anterior. La letra, en tal caso, no sirve de fundamento de la acción ejercitada, pero será utilizada normalmente como elemento probatorio en el proceso y, en todo caso, ha de ser objeto de un tratamiento que, de una parte evite el peligro de una doble exigencia de pago por vías causal y cambiaria y, que de otra, permita al deudor que pague obtener el título para poder a su vez dirigirse contra otros responsables, si los hubiere.

LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO: Como vía extrema para la satisfacción de sus intereses cuando hubiere perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no pudiese ejercitar acciones causales contra ninguno de ellos, el tenedor tiene la posibilidad de dirigirse contra el librador, el aceptante o endosante exigiéndoles el pago de la cantidad con la que se hubieren enriquecido injustamente en su perjuicio como consecuencia de la extinción de la obligación cambiaria por la omisión de los actos exigidos por la ley para la conservación de los derechos que derivan del título. Legitimados pasivamente para esta acción están el librador, el aceptante y los endosantes; no los avalistas. En todo caso la acción sólo podrá ejercitarse contra el injustamente enriquecido. La acción de enriquecimiento prescribe a los tres años de haberse extinguido la cambiaria.

Las EXEPCIONES CAMBIARIAS: El fortalecimiento de la posición jurídica del acreedor cambiario está directamente conectado con el sistema de excepciones oponibles. La configuración abstracta del derecho atribuido al adquirente de buena fe de una letra de cambio impone la consideración de dicho derecho en los términos laterales en que se refleja en el documento; no conforme a las relaciones jurídicas existentes entre anteriores titulares de la letra y los obligados en ella, que sólo serán invocables entre las partes directamente vinculadas o frente a quienes hayan adquirido de mala fe el título. Las excepciones admisibles frente al ejercicio por cualquier vía (la de un proceso declarativo o la del juicio cambiario) de la acción cambiaria, pueden

sintetizarse así: 1. Pueden oponerse las excepciones basadas en las relaciones personales existentes entre el demandado y el tenedor, así como las de la misma naturaleza que tenga aquel frente a los tenedores anteriores si la adquisición de la letra por el actor se ha realizado a sabiendas en perjuicio del demandado. 2. Pueden asimismo oponerse un conjunto de excepciones extrañas al mundo de las relaciones personales entre el demandado y los tenedores de la letra taxativamente enumeradas. Tales excepciones no personales son: a) la inexistencia o falta de validez de la declaración cambiaria del demandado, incluida la falsedad de su firma, b) la falta de legitimación del tenedor, c) la falta de las formalidades necesarias de la letra de cambio conforme a lo dispuesto en la LC, d) la extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado.

### **Bibliografía consultada:**

Bercovitz Rodríguez-Cano, Apuntes de Derecho Mercantil, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2003.

Jiménez Sánchez (coord.), Derecho Mercantil, vol. I, 8ª edición., Ariel, Barcelona, 2002.

Sánchez Calero, Instituciones de Derecho Mercantil, vol.I, 26ª edición., McGraw-Hill, Madrid, 2003.

Uría-Menéndez (Dir.), Curso de Derecho Mercantil, vol. I, 1ª edición., Madrid, 2000.

Menéndez (Director AA:VV.), Lecciones de Derecho Mercantil, Thomson-Civitas, Madrid 2003.

