Derecho de la empresa

Blanca Torrubia Chalmeta (coordinadora)
Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Eduardo Valpuesta Gastaminza

PID_00156219

Material docente de la UOC

Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu



Blanca Torrubia Chalmeta

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Mercantil de la UOC.



Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Laboral de la UOC.



Eduardo Valpuesta Gastaminza

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Navarra. Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Navarra.

Primera edición: septiembre 2010
© Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, Blanca Torrubia Chalmeta, Eduardo Valpuesta Gastaminza
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2009
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Eureca Media, SL
ISBN: 978-84-693-5105-5
Depósito legal: B-31.524-2010

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Introducción

La asignatura *Derecho de la empresa* ofrece una visión general de las instituciones básicas de derecho mercantil, así como, dentro del derecho laboral, del derecho colectivo y del derecho de la seguridad social.

En el ámbito mercantil, se estudia el estatuto jurídico del empresario individual y el régimen jurídico de las distintas sociedades mercantiles remarcando las diferencias esenciales entre las sociedades personalistas y las capitalistas.

El desarrollo eficiente de la actividad del empresario requiere estudiar también el régimen jurídico de su marco de actuación: el mercado. La competencia libre y leal y la transparencia son los presupuestos para que exista el mercado. La Constitución proclama el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. El contenido esencial de esta libertad se concreta en la libre entrada, ejercicio y salida del mercado; en la libre competencia entre los operadores económicos, y en el libre juego de la oferta y la demanda. La competencia, además de libre, ha de ser leal, esto es, debe corresponderse con las exigencias de la buena fe. La información de los operadores económicos generada por su fácil identificación gracias a los signos distintivos, por la posibilidad de conocimiento de las reglas de su actividad por medio del Registro Mercantil y por la promoción de los productos y servicios adecuada a derecho constituyen el segundo requisito para poder hablar de mercado.

Dentro de los instrumentos de que se valen los empresarios para desarrollar su actividad, se estudian los contratos y sus clases y, con carácter previo, se realiza una exposición general de cuál es el marco general de la contratación mercantil. También se estudian los títulos-valor, que son documentos que incorporan derechos, lo que permite que la circulación de derechos sea mucho más rápida y facilita y da fluidez al tráfico económico de bienes y servicios.

En la vida del empresario, también es necesario conocer qué soluciones ofrece el derecho en los momentos de crisis. El derecho concursal regula la situación en la que un deudor con varios acreedores no puede pagarles, al vencimiento de sus créditos, los presupuestos para la declaración del concurso, el procedimiento y los efectos.

Por lo que respecta al derecho laboral, se estudia la libertad sindical tanto en su manifestación individual de fundar y afiliarse a un sindicato como colectiva. Asimismo, se analiza el régimen jurídico de las asociaciones empresariales, los diferentes cauces de participación de los trabajadores en la empresa, los conflictos colectivos y los instrumentos para solventarlos. En materia de derecho de la seguridad social se estudia su ámbito de actuación y las normas que lo

integran, que son normas referidas a las situaciones de necesidad derivadas del acaecimiento de determinados riesgos y a la cobertura que aspira a proteger a todos los ciudadanos.

Objetivos

En los materiales didácticos de esta asignatura, encontraréis las herramientas básicas para lograr los siguientes objetivos:

1. Conocer y comprender las normas que constituyen el régimen jurídico del mercado.

2. Comprender el estatuto jurídico del empresario y el régimen jurídico de las sociedades mercantiles.

3. Comprender las características generales de la contratación mercantil y discernir claramente el contenido de cada uno de los contratos que se practican en la actualidad, aprehendiendo su utilidad y los objetivos que se persiguen con cada uno.

4. Entender el funcionamiento y la utilidad práctica de los distintos títulos-valor.

5. Comprender cuáles son los presupuestos, fines y consecuencias del procedimiento concursal.

6. Comprender las instituciones jurídicas fundamentales del derecho colectivo.

7. Comprender la estructura, el funcionamiento y la finalidad de la seguridad social.

Contenidos

Módulo didáctico 1

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

Blanca Torrubia Chalmeta

1. El sistema constitucionalizado de economía social de mercado
2. El derecho mercantil como derecho del tráfico económico ejercido en el marco del mercado
3. Sujetos que actúan en el mercado
4. Institucionalización del mercado
5. La sociedad de la información

Módulo didáctico 2

Sociedades mercantiles

Blanca Torrubia Chalmeta

1. Concepto y tipología de las sociedades mercantiles
2. Sociedades personalistas
3. Las sociedades de capital
4. La sociedad anónima
5. La sociedad de responsabilidad limitada
6. Separación y exclusión de socios
7. Sociedad unipersonal
8. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
9. Disolución y liquidación de las sociedades de capital
10. Sociedades anónimas o limitadas especiales
11. Otras formas societarias
12. Los grupos de sociedades

Módulo didáctico 3

Contratos mercantiles

Eduardo Valpuesta Gastaminza

1. Marco general de la contratación mercantil
2. Mercado de bienes
3. Mercado de servicios
4. Mercado financiero
5. Mercado del riesgo

Módulo didáctico 4

Pago y financiación mediante títulos valor

Blanca Torrubia Chalmeta

1. Concepto y clases de títulos-valor
2. Títulos de pago: la letra de cambio
3. Títulos de pago: el cheque
4. Títulos de pago: el pagaré

5. Títulos de financiación: obligaciones, deuda pública

Módulo didáctico 5

Derecho concursal

Eduardo Valpuesta Gastaminza

1. Concepto, finalidad y régimen legal del derecho concursal
2. La declaración de concurso: requisitos y procedimiento
3. La declaración de concurso: efectos
4. Fase común
5. Fase de convenio
6. Fase de liquidación
7. Calificación
8. Algunas cuestiones procesales y de derecho internacional privado

Módulo didáctico 6

Introducción al derecho colectivo del trabajo

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

1. La libertad sindical
2. Las asociaciones empresariales
3. La representación de los trabajadores en la empresa
4. El conflicto colectivo
5. La huelga
6. El cierre patronal

Módulo didáctico 7

Introducción al derecho de la Seguridad Social

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

1. El derecho de la Seguridad Social
2. La Seguridad Social en el marco de la Constitución de 1978
3. El brazo contributivo y no contributivo del Sistema de la Seguridad Social
4. El Régimen General y los regímenes especiales de la Seguridad Social
5. La gestión de la Seguridad Social
6. Los actos de encuadramiento
7. La financiación de la Seguridad Social
8. Las contingencias protegidas
9. Prestaciones contributivas

Abreviaturas

BORME. Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Cc. Código civil.

CE. Constitución española.

CdeC. Código de comercio.

LAg. Ley sobre Contrato de Agencia.

LAIE. Ley de Agrupaciones de Interés Económico.

LC. Ley Concursal.

LCC. Ley de Crédito al Consumo.

LCCh. Ley Cambiaria y del Cheque.

LCD. Ley de Competencia Desleal.

LCGC. Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

LCoop. Ley de Cooperativas.

LCS. Ley del Contrato de Seguro.

LDC. Ley de Defensa de la Competencia.

LFE. Ley de Firma Electrónica.

LGP. Ley General de Publicidad.

LIIC. Ley de Régimen de las Instituciones de Inversión Colectiva.

LM. Ley de Marcas.

LME. Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

LMSRP. Ley de Mediación en los Seguros y Reaseguros Privados.

LMV. Ley del Mercado de Valores.

LOCM. Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

LOSSP. Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

LOTT. Ley de Ordenación del Transporte Terrestre.

LP. Ley de Patentes.

LSA. Ley de Sociedades Anónimas.

LSGR. Ley de Sociedades de Garantía Recíproca.

LSL. Ley de Sociedades Laborales.

LSP. Ley de Sociedades Profesionales.

LSRL. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

LSSICE. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

LVPBM. Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos.

RRM. Reglamento del Registro Mercantil.

TFU. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TRLGDCU. Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

TRLSC. Texto refundido de la Ley de Sociedades de capital.

TRLPI. Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

UTE. Unión Temporal de Empresas.

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

Blanca Torrubia Chalmeta

PID_00156232

UOC
Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción..... 5

Objetivos..... 6

1. El sistema constitucionalizado de economía social de mercado..... 7

2. El derecho mercantil como derecho del tráfico económico ejercido en el marco del mercado..... 9

3. Sujetos que actúan en el mercado..... 11
3.1. El consumidor 11
3.1.1. Concepto de consumidor y razones de su defensa 11
3.1.2. Principales normas de defensa del consumidor 12
3.2. El empresario. Estatuto jurídico del empresario 14
3.2.1. El empresario, persona física 15
3.2.2. Desarrollo de la empresa por persona casada 15
3.2.3. La contabilidad del empresario 16

4. Institucionalización del mercado..... 18
4.1. Requisitos para la existencia de un "mercado" 18
4.2. La competencia lícita 18
4.2.1. Conductas prohibidas 19
4.2.2. Exenciones, conductas de menor importancia y declaraciones de inaplicabilidad 21
4.2.3. El control de las concentraciones económicas y las ayudas públicas 21
4.2.4. La Comisión Nacional de la Competencia 22
4.3. La competencia leal 23
4.3.1. La cláusula general prohibitiva 24
4.3.2. Conductas desleales 25
4.3.3. Prácticas comerciales desleales con los consumidores ... 26
4.4. Los signos distintivos 26
4.4.1. La marca 27
4.4.2. El nombre comercial 29
4.5. Las invenciones 30
4.5.1. La patente 30
4.5.2. El modelo de utilidad 33
4.6. La publicidad comercial privada 33
4.7. La publicidad legal: el Registro Mercantil 35

5. La sociedad de la información 38
5.1. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica 38
5.2. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico 39

Resumen 43

Ejercicios de autoevaluación 45

Solucionario 47

Glosario 48

Bibliografía 49

Introducción

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

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

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

Objetivos

Los objetivos de este módulo son los siguientes:

1. Comprender la necesidad de que exista una normativa reguladora del funcionamiento del mercado.

2. Darse cuenta de que la evolución del mercado ha motivado la entrada de nuevos operadores económicos.

3. Conocer y comprender las normas que constituyen el régimen jurídico del mercado.

4. Conocer el estatuto jurídico del empresario persona física.

5. Valorar el modo como la actuación de un empresario repercute en el mercado.

1. El sistema constitucionalizado de economía social de mercado

Para poder explicar, desde un punto de vista jurídico, el modo como se desarrolla el tráfico patrimonial actual, debemos partir del marco de nuestro sistema económico. Este marco se establece en la llamada constitución económica.

En sentido estricto, se llama *constitución económica* al conjunto de normas contenidas en la constitución de un país que rigen su vida económica. En sentido amplio, la constitución económica comprende también las normas de carácter económico contenidas en las leyes generales. En el ámbito del derecho contractual, esta normativa es trascendente porque determina el marco legal del intercambio de bienes y servicios, el modelo económico.

> Una economía planificada por completo impedirá que se desarrolle la libertad contractual de los particulares, y, en el otro extremo, una economía libre, sin ningún control, dejará al débil a merced del fuerte y justificará este hecho basándose en una libertad contractual mal entendida.

La Constitución española (CE), consecuencia de la política de consenso que buscaba la aprobación por la mayoría de los partidos, es intencionadamente ambigua en relación con el modelo económico escogido. No obstante, hay dos artículos muy importantes en este contexto: el artículo 33, que reconoce el **derecho a la propiedad privada**, y el artículo 38, que proclama la **libertad de empresa en el marco de la economía de mercado**. Ahora bien, ambos derechos se delimitan en la misma Constitución: la propiedad privada, por la función social, y la libertad de empresa, por las exigencias de la economía general y, si procede, de la planificación. La situación sistemática de estos artículos dentro de la Constitución (capítulo segundo, "Derechos y libertades", del título I, "De los derechos y deberes fundamentales") hace que sea aplicable lo que dispone el artículo 53.1 de la propia Constitución; por lo tanto, vinculan a todos los poderes públicos, que en todo caso tendrán que respetar su contenido esencial, y el ejercicio de estos derechos y libertades sólo se podrá regular por ley. Por esto, aunque se permitan la planificación económica (art. 131 CE) y la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE), no se podrá impedir, en ningún caso, el contenido esencial de la libertad de empresa.

Este contenido esencial de la libertad de empresa exige la libertad de entrada, ejercicio y salida del mercado; la libre competencia entre los operadores económicos y el libre juego de la oferta y la demanda.

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

Ejemplo

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

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

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

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

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

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

En este contexto, se ha de tener presente que la entrada de España en la Unión Europea (Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas, de 12 de junio de 1985), uno de cuyos objetivos principales es crear un mercado único (un espacio de intercambios entre todos los Estados miembros donde haya igualdad de condiciones) como vía para la integración económica y, en último término, política, ha hecho que se incorpore a nuestro ordenamiento el derecho comunitario. Por ello, la legislación española está condicionada por las pautas que marcan las instituciones europeas en aspectos relativos al mercado.

La concepción histórica del derecho mercantil como derecho especial (en el sentido de regular las mismas materias que el derecho civil, si bien introduciendo normas especiales por el hecho de intervenir la persona del empresario) ha sido superada. El derecho mercantil es ahora el **derecho privado del tráfico económico**. Un derecho cuya especialidad radica en velar por los intereses de todos los participantes en el mercado (operadores económicos y consumidores) estableciendo el régimen jurídico de su intervención en él. Y, en ese régimen jurídico se integran las normas de los contratos, tanto civiles como mercantiles, en tanto que éstos posibilitan el intercambio de bienes y servicios.

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

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

Cita

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

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

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

Definición de globalización

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

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

Comunidad Europea

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

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

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

OMC

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

3. Sujetos que actúan en el mercado

3.1. El consumidor

3.1.1. Concepto de consumidor y razones de su defensa

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2. Principales normas de defensa del consumidor

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

El TRLGDCU:

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

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

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

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

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

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

1) Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que las conceptúa como cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes independientemente de la autoría material de éstas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, y que hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos

2) Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. La protección a los consumidores se centra en la publicidad, en informarlos y en determinar conceptos como el coste total del crédito y la tasa anual equivalente (TAE), e intenta servir también para dar más transparencia al coste de los créditos y para poder contrastar las diferentes ofertas. En cuanto a la extinción del contrato, se establecen normas que impiden el enriquecimiento injusto y que permiten al consumidor el reembolso anticipado del crédito. Por otra parte, se declaran inválidos los pactos, las cláusulas o las condiciones contrarias a las normas de la ley.

3) Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Esta norma no sólo intenta establecer unas reglas del juego en el sector de la distribución y de regular nuevas fórmulas contractuales, sino también corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, de mantener la libre y leal competencia, cosa que se materializa en una mejora continuada de los precios y de la calidad y en otras condiciones de la oferta y el servicio al público; lo que significa un beneficio para los consumidores.

3.2. El empresario. Estatuto jurídico del empresario

El empresario es la persona física o jurídica que desarrolla, en nombre propio y habitualmente, una actividad de intermediación en el mercado de bienes y servicios y que adquiere la titularidad de los derechos y las obligaciones que son consecuencia de esta actividad.

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

Ejemplo

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

El concepto jurídico de empresario es diferente del concepto económico, que lo contempla como la persona que directamente y por ella misma organiza los factores de la producción (capital y trabajo). El derecho permite que el empresario desarrolle la actividad empresarial directamente o que ésta se desarrolle en su nombre por personas delegadas. Por ello, pueden tener la condición de empresarios los menores, incapaces o ausentes, a pesar de que la actividad se desarrolle por sus representantes y las personas jurídicas (sociedades), que necesariamente han de valerse de personas físicas.

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

Responsabilidad patrimonial universal

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

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

Para desarrollar su actividad, el empresario necesita un soporte físico: el **establecimiento mercantil** y la colaboración de personas que pueden estar sujetas a él por un contrato laboral (personal laboral) o que pueden ser auxiliares independientes (agentes, intermediarios, distribuidores, etc.) que suscriben con el empresario contratos de naturaleza mercantil.

3.2.1. El empresario, persona física

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

Dos son, por lo tanto, las condiciones requeridas para ser empresario: capacidad y ejercicio habitual. Tienen capacidad para ejercer el comercio los mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes (art. 4 CdeC). Por lo que respecta a la habitualidad en el ejercicio del comercio, el propio código la presume *iuris tantum* (salvo prueba en contra): "Desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil". (art. 3 CdeC).

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

Registro Mercantil

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

Aunque el Código de comercio exige al empresario individual capacidad plena para **iniciar** el comercio, el principio de conservación del negocio que impera en derecho mercantil permite que personas sin la capacidad requerida **continúen** el comercio que ejercían otras personas. El artículo 5 dispone a este respecto: "Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes".

Caso de los menores

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

3.2.2. Desarrollo de la empresa por persona casada

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

Como ya sabemos, del matrimonio se derivan una serie de intereses pecuniarios, tanto en las relaciones de los cónyuges entre ellos como en sus relaciones con terceras personas. Al conjunto de reglas que delimitan estos intereses se le

denomina *régimen económico matrimonial*. El Código civil establece que entre los cónyuges rige el régimen económico matrimonial que pacten libremente (art. 1315 CdeC) y que éste podrá ser modificado por ambas partes en cualquier momento (art. 1325 CdeC). El régimen económico matrimonial se fija o se modifica mediante un contrato formal –ha de constar en escritura pública– que se denomina *capitulaciones matrimoniales*. Pero como es muy común que los cónyuges no establezcan capitulaciones matrimoniales, se prevé la regulación supletoria del régimen económico matrimonial; en cuyo caso rige el **régimen de sociedad de gananciales** (art. 1316 CdeC), a menos que los cónyuges hayan pedido que no se aplique. Si es así, se regirán por el **régimen de separación de bienes** (art. 1435.2 CdeC).

En el régimen de sociedad de gananciales hay dos tipos de bienes: a) los **comunes**, que son los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso –incluidas las rentas del trabajo–, y b) los **privativos** de cada cónyuge, que son los adquiridos por cada uno de ellos antes del matrimonio y durante el matrimonio a título gratuito (por herencia, legado o donación). Los bienes comunes tienen como finalidad contribuir a sostener las cargas familiares y se reparten a medias entre los cónyuges cuando se extingue el matrimonio. En el régimen de separación de bienes no hay bienes comunes, sino que cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes adquiridos por él y ha de contribuir a sostener las cargas familiares de manera proporcional. Si se extingue el matrimonio, no hay reparto de bienes.

Cataluña y Baleares

En Cataluña y Baleares, el régimen legal supletorio no es el de sociedad de gananciales, sino el de separación de bienes.

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

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

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

3.2.3. La contabilidad del empresario

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

Todo empresario está obligado a llevar determinados libros (**contabilidad en sentido formal**): el **libro diario** y el **libro de inventarios** y **cuentas anuales**; y, además, para las sociedades será obligatorio el **libro de actas**. También podrán llevar otros libros que consideren convenientes. Al cerrar el ejercicio, los empresarios también tienen que formular las cuentas anuales de su empresa (**contabilidad en sentido material**), que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos forman una unidad. El estado de flujos de efectivo no será obligatorio cuando así lo establezca una disposición legal. Las cuentas anuales se tienen que redactar con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. En la contabilización de las operaciones se tiene que atender a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica (art. 34 CdeC). Además, deben ser sometidas a auditoria si así lo acuerda el juzgado competente a instancia de persona interesada o si lo determina la ley.

4. Institucionalización del mercado

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

4.1. Requisitos para la existencia de un "mercado"

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

La existencia y el correcto funcionamiento del mercado requiere, en primer lugar, que se garantice una **competencia libre y leal**. La libre competencia es un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera forma –y más importante– en la que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La competencia leal es la que se corresponde con las exigencias de la buena fe. En segundo lugar, la existencia y el funcionamiento adecuado del mercado precisa que se proporcione **información** a todos los que participan en él, es decir, que haya **transparencia**. Ello genera seguridad y permite tomar decisiones basadas en una información previa, adecuada y suficiente. La transparencia en el mercado se consigue fundamentalmente mediante tres instituciones jurídicas: a) los **signos distintivos**, que identifican a empresarios, productos y establecimientos en el mercado; b) la **publicidad comercial**, que da noticia sobre los productos, y c) la **publicidad legal**, que hace públicos los datos de los empresarios que participan en ella.

4.2. La competencia lícita

Como hemos visto, la libre competencia es un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera –y más relevante– forma de manifestación de la libertad de empresa. Una competencia efectiva entre empresas instruye la actuación de éstas y reasigna los recursos productivos de modo más eficiente. Esto repercute en beneficio del consumidor, dado que reduce los precios y aumenta la cantidad, variedad y calidad de los productos ofrecidos.

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

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

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

La ley establece una serie de conductas prohibidas.

Defensa de la competencia

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

4.2.1. Conductas prohibidas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3) El Gobierno así lo declare mediante real decreto para determinadas categorías de conductas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico. Para ello será preciso el previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

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

Especialmente, el abuso podrá consistir en:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes;

b) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas;

c) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma (art. 7 LDC).

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

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

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

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

4.2.4. La Comisión Nacional de la Competencia

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) es una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. La CNC actúa con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las administraciones públicas, y sometimiento a la LDC y al resto del ordenamiento jurídico. La CNC es el órgano competente para instruir y resolver los asuntos que le atribuye la LDC, también tiene competencias consultivas. La LDC la regula en los artículos 19 a 35.

La Comisión Nacional de la Competencia está integrada por:

a) el **presidente** de la CNC, que ostenta las funciones de dirección y representación de la misma y preside el Consejo;

b) el **consejo** de la CNC, que es el órgano colegiado de resolución, y

c) la **dirección de investigación**, que realiza las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNC.

Las resoluciones del consejo de la CNC en el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas podrán declarar: a) la existencia de conductas prohibidas por la presente ley o por los artículos 81 y 82 del Tratado CE (actuales arts. 101 y 102 TFUE); b) la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia, y c) no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas. También podrán contener: a) la orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado; b) la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento (las condiciones estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, éstas resulten, para la empresa en cuestión, más gravosas que una condición estructural); c) la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público; d) la imposición de multas, e) el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente ley, y e) cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice la LDC. Y las resoluciones del Consejo de la CNC en el procedimiento de control en materia de concentraciones económicas podrán: a) autorizar la concentración, b) subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones, c) prohibir la concentración, y d) acordar el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la LDC (arts. 53 y 58 LDC).

Procedimientos administrativos

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

Ahora bien, además de la CNC, que es la encargada de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva del mercado en el ámbito nacional, así como de velar por la aplicación coherente de la LDC, también existen otros órganos facultados para aplicar esta ley. Así, los **órganos competentes de las comunidades autónomas** ejercen en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas prohibidas, y el **Consejo de Ministros** puede intervenir en determinados supuestos en el procedimiento de control de concentraciones económicas (arts. 12 a 14 LDC).

4.3. La competencia leal

La **Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)** introdujo un cambio radical en la concepción tradicional del derecho de la competencia desleal, que pasó de concebirse como un ordenamiento dirigido a resolver los conflictos entre competidores, a convertirse en un instrumento de ordenamiento y control de las conductas en el mercado y de los intereses colectivos del consumo. La LCD se articula sobre la base de una **cláusula general** que reputa como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (art. 4 LCD), una enumeración de conductas tipificadas como desleales (arts. 5 a 18) y una enumeración de prácticas desleales con los consumidores (arts. 19 a 31). También se contienen normas de carácter procesal (arts. 32 a 36) y relativas a los códigos de conducta que se pretenden fomentar entre las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores para que voluntariamente se asuman por los empresarios o profesionales. Estos códigos son una guía de buenas prácticas con los consumidores, para elevar el nivel de protección de éstos (arts. 37 a 39).

La LCD ha sufrido importantes cambios tras la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Cambios debidos a la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) y a la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre del 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Esta reforma persigue que la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado para incrementar la tutela de aquéllos y para que la normativa del mercado no quede desintegrada.

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

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

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

4.3.1. La cláusula general prohibitiva

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

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

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

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

El concepto de *consumidor medio* no ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente

atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. Por lo tanto, tendrán que ser los tribunales quienes realicen su concreción en cada caso preciso.

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

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

> **a) Diligencia profesional**: nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado.
>
> **b) Comportamiento económico del consumidor o usuario**: toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con a) la selección de una oferta u oferente; b) la contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; c) el pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago; d) la conservación del bien o servicio, y e) el ejercicio de los derechos contractuales según los bienes y servicios.
>
> **c) Distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio**: utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, con lo que hace que tome una decisión sobre su comportamiento económico que, de otro modo, no hubiera tomado.

4.3.2. Conductas desleales

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

De acuerdo con la finalidad de la ley, que es el mantenimiento de un mercado altamente transparente y competitivo, la redacción de los preceptos anteriormente citados ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. En este sentido, se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que, en algunas ocasiones, más que

dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o, por lo menos, a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad. A este respecto, son significativos los artículos 10 (actos de comparación) y 11 (actos de imitación), a los que se añaden los actos de publicidad ilícita (art. 18) tras la reforma operada por la Ley 29/2009, e incluso los ya citados artículos 16 y 17 en materia de discriminación y venta a pérdida.

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

Competencia desleal

El procedimiento por competencia desleal es un procedimiento judicial.

4.3.3. Prácticas comerciales desleales con los consumidores

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

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

4.4. Los signos distintivos

Dentro de lo que se conoce como propiedad industrial, tradicionalmente se han englobado una serie de creaciones intelectuales que se hallan unidas a la empresa, bien porque sirven para distinguirla en el mercado (signos distintivos), bien porque tienen una aplicación industrial que facilita la producción o creación de bienes y servicios (invenciones). A pesar de responder a una finalidad distinta, los derechos relativos a las innovaciones técnicas –protección de una invención con aplicación industrial– y los referentes a los signos distintivos –identificación en el mercado del empresario y de sus productos o servicios–, tienen en común, junto con el resto de creaciones intelectuales, el hecho de conceder a su titular un derecho de exclusiva para la explotación

económica de la patente o del signo distintivo. Ahora bien, el fundamento de la exclusiva es distinto en uno y otro caso. En la patente se liga a la idea de retribución o recompensa al creador por su innovación, por lo que se le conceden veinte años para obtener una rentabilidad; transcurridos éstos, la invención pasa a ser de dominio público (diez años en el certificado de protección del modelo de utilidad). Las invenciones contribuyen al desarrollo tecnológico del mercado. En materia de signos distintivos, el monopolio responde a su finalidad de distinción en el mercado; por eso, a diferencia de las patentes, son prorrogables de forma indefinida.

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

En derecho español y por lo que respecta a los signos distintivos, la norma fundamental es la **Ley de Marcas, 17/2001, de 7 de diciembre** (LM), y su Reglamento de ejecución, aprobado por RD 687/2002, de 12 de julio (RM). La ley regula la **marca** y el **nombre comercial**, suprime el carácter registral del rótulo del establecimiento (existente con la anterior Ley 32/1988, de Marcas) y deja la protección de esta modalidad de propiedad industrial a las normas comunes de competencia desleal.

4.4.1. La marca

La LM define la **marca** como "todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras".

Y prevé que estos signos pueden consistir en los siguientes elementos:

a) las palabras o las combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas;

b) las imágenes, las figuras, los símbolos y los dibujos;

c) las letras, las cifras y sus combinaciones;

d) las formas tridimensionales, entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o su presentación;

e) los sonidos;

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

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

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

Marca comunitaria

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

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

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

a) cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada;

b) cualquier signo que, por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios, implique un riesgo de confusión del público (el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca);

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

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

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

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

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

a) la cesación de los actos que violen su derecho;

b) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos;

c) la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos donde se haya materializado la violación del derecho de marca y el embargo o la destrucción de los medios principalmente destinados a cometer la infracción (estas medidas se ejecutarán a costa del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así);

d) la destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, por elección del actor (y a costa siempre del condenado) de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto, o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el tribunal;

e) la atribución en propiedad de los productos, materiales y medios embargados, en virtud de lo dispuesto en el punto c cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios (si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular del derecho de marca deberá compensar a la otra parte por el exceso);

f) la publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

4.4.2. El nombre comercial

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

El nombre comercial se define como "todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares" (art. 87.1 LM).

Pueden, en particular, constituir nombres comerciales:

a) los nombres patronímicos, las razones sociales y las denominaciones de las personas jurídicas;

b) las denominaciones de fantasía;

c) las denominaciones alusivas al objeto de la actividad empresarial;

d) los anagramas y logotipos;

e) las imágenes, figuras y dibujos;

f) cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los puntos anteriores (art. 87.2 LM).

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

El nombre comercial, al igual que la marca, es derecho de uso exclusivo, de manera que una vez inscritos en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), su titular disfruta de un derecho de monopolio sobre su uso que puede durar toda la vida, ya que, como se ha señalado, se concede por diez años prorrogables indefinidamente por períodos de la misma duración.

4.5. Las invenciones

4.5.1. La patente

Tal y como hemos señalado, al igual que los signos distintivos, los derechos sobre las invenciones se caracterizan por ser derechos de explotación exclusiva. La **Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (LP)** regula ambas modalidades de propiedad industrial. La regulación española se completa con el Reglamento de ejecución de la Ley de Patentes aprobado por Real decreto 2245/1986, de 10 de octubre.

La **patente** es un certificado, expedido por la OEPM, que concede a su titular el derecho de explotación en exclusiva de una invención de aplicación industrial durante veinte años improrrogables.

La LP determina que **son patentables** las invenciones nuevas que implican una actividad inventiva y que son susceptibles de aplicación industrial y, después de la Ley 10/2002, de 29 de abril, se admite la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas (art. 4 LP).

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

La LP, de una parte, no considera invenciones: a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; b) las obras literarias, artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas; c) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores, y d) las formas de presentar informaciones. Tampoco considera como invenciones los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal ni los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal. Esta disposición no será aplicable a los productos, especialmente a las sustancias o composiciones, ni a las invenciones de aparatos o instrumentos para la puesta en práctica de tales métodos (art. 4 LP). De otra parte, prohíbe que sean objeto de patente: a) las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres, sin poderse considerar como tal a la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria (y cita, en particular: los procedimientos de clonación de seres humanos, de modificación de la identidad genética germinal del ser humano, la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales, los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para éstos sufrimientos sin utilidad médica o veterinaria sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos); b) las variedades vegetales y las razas animales; c) los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales; d) el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen (art. 5 LP).

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

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

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

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

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

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

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

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

a) la cesación de los actos que violen su derecho;

b) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos;

c) el embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios principalmente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado;

d) la atribución en propiedad de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios (si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular de la patente deberá compensar a la otra parte por el exceso);

e) la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el punto c, o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente;

f) la publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente a costa del condenado, mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas (esta medida sólo será aplicable cuando la sentencia así lo aprecie expresamente).

4.5.2. El modelo de utilidad

El **modelo de utilidad** es un certificado expedido por la OEPM que otorga la exclusiva de la explotación, durante diez años improrrogables, de una invención que, siendo nueva e implicando una actividad inventiva, consista en dar a un objeto una configuración, una estructura o una constitución que produzcan alguna ventaja apreciable en la práctica para su uso o fabricación (art. 143.1 LP).

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

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

4.6. La publicidad comercial privada

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

de 1988 (LGP). Esta ley también ha sufrido una importante modificación introducida por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

La LGP señala expresamente que la publicidad se regirá por lo dispuesto en ella, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias (art. 1), y la define, a efectos de su aplicación, en el artículo 2:

> Es publicidad toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover, de forma directa o indirecta, la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

Se considera **ilícita**:

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

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

b) La publicidad **dirigida a menores** que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad **subliminal**.

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

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

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

e) La publicidad **engañosa**, la publicidad **desleal** y la publicidad **agresiva**, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal (art. 3 LGP).

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

a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.

b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las que se podrá incluir el precio.

c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.

d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.

e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial, se indicará su fecha de inicio (si no hubiera comenzado aún) y la de su terminación.

f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

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

4.7. La publicidad legal: el Registro Mercantil

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

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

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

El objeto del Registro Mercantil es inscribir los actos y los contratos relativos a los empresarios y otros sujetos inscribibles; legalizar los libros de los empresarios; el nombramiento de expertos y auditores de cuentas, y el depósito y publicidad de los documentos contables. También se ocupa de la centralización y publicación de la información registral y de la información de resoluciones concursales (función que se lleva a cabo por el Registro Mercantil Central).

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

Registro Mercantil

El Registro Mercantil es un registro de personas (los empresarios), a diferencia del Registro de la Propiedad, que es un registro de bienes. La inscripción del empresario individual es facultativa y la de las sociedades es obligatoria.

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

RRM

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

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

Ejemplo

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

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

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

Antecedente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. La sociedad de la información

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

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

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

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

Enlace recomendado

Podéis consultar los prestadores de servicios de certificación en: http://www11.mityc.es/prestadores/busquedaPrestadores.jsp

a) que el mensaje proviene de la persona que se dice que lo envía (**autenticación** o autoría);

b) que el mensaje no ha sido manipulado (**integridad**);

c) que la persona que lo envía no pueda negar haber enviado el mensaje, ni la persona destinataria pueda negar haberlo recibido (**no repudio**);

d) que, en su caso, el mensaje sea **confidencial**.

Pues bien, el cumplimiento de estas exigencias jurídicas de autenticación, integridad, no-repudiación y confidencialidad se puede conseguir mediante diferentes aplicaciones técnicas. Entre estos sistemas, se encuentra también la *firma electrónica o digital*, que está basada en la criptografía asimétrica. Este concepto y las garantías que se tienen que cumplir para que los dispositivos de creación de firmas se puedan considerar seguros se regulan en la **Ley de Firma Electrónica**.

Identificación electrónica

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

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

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

DNI electrónico

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

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

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

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

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

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

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

1) la contratación de bienes o servicios por vía electrónica;

2) la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales;

3) la gestión de compras en la Red por grupos de personas;

4) el envío de comunicaciones comerciales;

5) el suministro de información por vía telemática (por ejemplo, lo que hacen los diarios o las revistas que se pueden encontrar en la Red);

6) el vídeo bajo demanda, como servicio donde el usuario puede seleccionar por la Red tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual (por ejemplo, la descarga de ficheros de vídeo o audio).

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

Como se observa, la ley recoge un concepto amplio de **servicios de la sociedad de la información**. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los buscadores o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet por medio del que lleve a cabo las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.

La regulación sustantiva de la LSSICE, en lo relativo a la prestación de servicios de la sociedad de la información, es bastante reducida. Así, se establece el **principio de libre prestación de los servicios** y los límites de esta libertad (la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; la protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando

actúen como inversores; el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y la protección de la juventud y de la infancia). Se fija una serie de obligaciones generales de los prestadores de SSI en materias como la información que han de suministrar de sí mismos o los deberes de colaboración con las autoridades. Se regula de manera somera las comunicaciones comerciales y el comercio electrónico. Se establecen importantes exenciones de responsabilidad en la prestación de servicios de intermediación por los contenidos de terceros. Finalmente, se prevé el régimen sancionador por incumplimiento de las obligaciones legales. Es importante destacar que la LSSICE excluye expresamente de su ámbito de aplicación los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus funciones públicas, y los prestados por los abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio (art. 5.1).

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

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

La LSSICE prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales, tanto a personas físicas como jurídicas, por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente que previamente no hayan sido solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios (consentimiento que puede revocarse en cualquier momento). No obstante, no se aplica esta prohibición cuando exista una relación contractual previa entre el remitente y el destinatario, siempre que el prestador haya obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario; que los emplee para el envío de comunicaciones comerciales referentes a servicios o productos de su propia empresa; que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente, y, en todo caso, que ofrezca al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con finalidades promocionales (art. 21.2). Estas comunicaciones habrán de reunir, además, una serie de condiciones (ser claramente identificables como tales e identificar claramente a la persona física o jurídica en nombre de la que se realizan; cuando se trate de comunicaciones hechas

por correo electrónico, o por otro medio de comunicación equivalente, deben incluir al principio del mensaje la palabra *publicidad* o la abreviatura *publio*, y si se trata de ofertas promocionales y de concursos y juegos promocionales, las condiciones de acceso y, en su caso, de participación tendrán que expresarse de manera clara e inequívoca (art. 20).

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

Reformas de la LSSICE

La LSSICE ha sido reformada en diferentes ocasiones: a) por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE n.° 264, de 4 de noviembre); b) por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (BOE n.° 304, de 20 de diciembre); c) por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicaciones (BOE n.° 251, de 19 de octubre), y d) por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información (BOE n.° 312, de 29 de diciembre).

Resumen

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

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

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

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

Ejercicios de autoevaluación

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

1. D. José Pérez...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10. La publicidad comparativa...

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

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. a

3. a

4. c

5. b

6. a

7. b

8. a

9. b Es el principio de tracto sucesivo.

10. c Está permitida si se cumplen los requisitos del artículo 6 bis LGP.

Glosario

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

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

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

empresario *m* Persona física o jurídica que desarrolla, en nombre propio y habitualmente, una actividad de intermediación en el mercado de bienes y servicios y que adquiere la titularidad de los derechos y las obligaciones que son consecuencia de esta actividad.

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

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

mercado *m* Sistema más idóneo para asignar eficientemente los recursos escasos y generar el máximo de riqueza. Es el referente de la actividad contractual en nuestro ordenamiento. Al mismo tiempo, esta actividad contractual es la que posibilita el intercambio de bienes y servicios.

modelo de utilidad *m* Certificado expedido por la OEPM que otorga la exclusiva de la explotación, durante diez años improrrogables, de una invención que, siendo nueva e implicando una actividad inventiva, consista en dar a un objeto una configuración, una estructura o una constitución que produzcan alguna ventaja apreciable en la práctica para su uso o fabricación.

nombre comercial *m* Todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares.

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

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

publicidad *f* Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

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

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

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

Bibliografía

Bibliografía principal

Valpuesta Gastaminza, E. (2008). *Derecho para universitarios*. Pamplona: Eunate.

Bibliografía complementaria

Broseta Pont, M. (2007). *Manual de derecho mercantil* (14.ª ed. a cargo de F. Martínez Sanz, vol. II). Madrid: Tecnos.

Jiménez Sánchez, G. (coord.) (2007). *Derecho mercantil* (12.ª ed., vol. II). Barcelona: Ariel.

Martínez Nadal, A. (2009). *Comentarios a la Ley 53/2003 de Firma Electrónica*. Madrid: Civitas.

Menéndez, A. (dir.) (2006). *Lecciones de derecho mercantil* (4.ª ed.). Madrid: Civitas.

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

Sánchez Calero, F. (2006). *Instituciones de derecho mercantil*. (29.ª ed., vol. II). Madrid: Aranzadi.

Torrubia Chalmeta, B. (2009). "La infracción del derecho de marca en Internet". *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*.

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

Uría, R; Menéndez, A. (dir.) (2007). *Curso de Derecho Mercantil* (2.ª ed., vol. II). Madrid: Civitas.

Valpuesta Gastaminza, E.; Torrubia Chalmeta B. (2006). *Código de Comercio y Legislación complementaria. Legislación, Comentarios y Jurisprudencia*. (3.ª ed.). Cizur Menor: Thomson- Aranzadi.

Vicente Chuliá, F. (2008). *Introducción al Derecho mercantil* (21.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Sociedades mercantiles

Blanca Torrubia Chalmeta

PID_00156233

Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción 5

Objetivos 7

1. Concepto y tipología de las sociedades mercantiles 9

2. Sociedades personalistas 12
2.1. La sociedad colectiva 12
2.1.1. Constitución y caracteres 12
2.1.2. Derechos y obligaciones de los socios 13
2.1.3. Adopción de acuerdos sociales 15
2.1.4. Disolución, liquidación y extinción 15
2.2. La sociedad comanditaria 17
2.3. Cuentas en participación 18

3. Las sociedades de capital 19
3.1. El Texto refundido de la Ley de sociedades de capital 19

4. La sociedad anónima 20
4.1. Concepto y constitución 20
4.2. Las acciones 22
4.2.1. La acción como parte del capital 22
4.2.2. La acción como conjunto de derechos 25
4.2.3. La acción como título 26
4.2.4. La acción como objeto de derechos reales 27
4.2.5. Negocios sobre acciones propias (autocartera) 27
4.3. Órganos sociales 28
4.3.1. Junta general 28
4.3.2. Administradores 31
4.4. Contabilidad 33
4.5. Modificación de estatutos 34
4.5.1. Aumento de capital 35
4.5.2. Reducción de capital 36
4.6. Régimen especial de la sociedad cotizada 37
4.7. La sociedad anónima europea domiciliada en España 38
4.8. La sociedad comanditaria por acciones 39

5. La sociedad de responsabilidad limitada 40
5.1. Concepto 40
5.2. Constitución. Régimen de las participaciones 41
5.3. Órganos 43

5.4. Modificación de estatutos 46
5.5. Sociedad de responsabilidad limitada nueva empresa 46

6. Separación y exclusión de socios..... 48

7. Sociedad unipersonal..... 50

8. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles... 51
8.1. Transformación 51
8.2. La fusión y sus modalidades 52
8.2.1. La fusión *stricto sensu*..... 53
8.2.2. La escisión-fusión 55
8.2.3. Cesión global de activo y pasivo 57
8.2.4. Traslado internacional del domicilio social 58

9. Disolución y liquidación de las sociedades de capital..... 60

10. Sociedades anónimas o limitadas especiales..... 62
10.1. Sociedades laborales 62
10.2. Sociedades de inversión mobiliaria y gestoras de fondos de inversión 63

11. Otras formas societarias..... 65
11.1. Sociedades de carácter mutualista 65
11.1.1. Cooperativas 65
11.1.2. Sociedades de garantía recíproca 67
11.1.3. Sociedades mutuas de seguros 67
11.2. Agrupaciones de interés económico 68
11.3. Sociedades profesionales 68
11.4. Entidades de capital riesgo 69

12. Los grupos de sociedades..... 70

Resumen..... 72

Ejercicios de autoevaluación..... 75

Solucionario..... 77

Glosario..... 78

Bibliografía..... 80

Introducción

Una vez visto el estatuto jurídico del empresario persona física, pasamos a estudiar en el presente módulo las sociedades mercantiles en cuanto representan las distintas formas jurídicas que puede adoptar la actuación en el mercado del empresario persona jurídica.

En materia de sociedades, se suele hacer una distinción fundamental en torno a la responsabilidad que asumen los socios. Por un lado, están aquellas en las que la responsabilidad de los socios es limitada: se restringe a la aportación que tienen que hacer a la sociedad (p. ej: S.A., S.R.L., S.L.N.E. y sociedades de garantía recíproca). Por otro lado, se distinguen las sociedades en las que la responsabilidad de los socios es ilimitada, es decir, va más allá de la aportación que se obligan a hacer a la sociedad, de tal manera que, cuando el patrimonio de la sociedad no es suficiente para pagar a los acreedores, éstos podrán proceder contra el patrimonio de los socios que responden ante ellos de manera solidaria. En esta categoría, entran las sociedades civiles y dos sociedades reguladas por el Código de Comercio: la colectiva y la comanditaria.

Dentro de las sociedades consideradas tradicionalmente mercantiles, por estar reguladas en el Código de Comercio o en leyes mercantiles especiales, se hace también una distinción entre sociedades personalistas y sociedades capitalistas. Dentro de las primeras se incluyen una serie de sociedades con la característica común de prestar una especial atención a las condiciones personales de los socios. Así ocurre con la sociedad colectiva, la sociedad comanditaria y la agrupación de interés económico, enumeración que se completa con las cuentas en participación, dado que, a pesar del carácter interno que tienen (no se manifiesta frente a terceros), su régimen presupone la relación *intuitus personae*.

Los elementos que caracterizan las sociedades capitalistas son radicalmente opuestos a los de las personalistas. En este grupo se incluyen aquellas sociedades que no toman en cuenta las condiciones personales de los socios sino su aportación de capital. Se trata de sociedades donde la relación es *intuitus pecuniae* (p. ej: S.A., S.R.L).

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) ha acabado con la dispersión de la normativa que hasta ahora regulaba las sociedades de capital y que generaba discordancias y lagunas respecto de las cuales la doctrina y la jurisprudencia ofrecían soluciones dispares. El TRLSC considera y regula como sociedades de capital la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad li-

mitada y la sociedad comanditaria por acciones. Existe ahora un régimen jurídico básico y común para todas estas sociedades que se completa con normas específicas y peculiares de cada uno de los tipos sociales.

Objetivos

1. Comprender el porqué de la elección de la forma societaria para actuar en el mercado.

2. Comprender el funcionamiento de cada una de las sociedades mercantiles.

3. Valorar la diferente responsabilidad que asume un socio en función del tipo de sociedad en la que se integra.

4. Comprender los derechos y obligaciones que corresponden al socio distinguiendo los básicos de los específicos de cada tipo social.

5. Conocer el funcionamiento de los órganos sociales, valorar su necesidad y distinguir las peculiaridades que existen en cada tipo social.

6. Entender el porqué de las modificaciones estatuarias de las sociedades mercantiles así como las consecuencias de su disolución.

1. Concepto y tipología de las sociedades mercantiles

Normalmente, la persona individual no puede acometer grandes empresas si no es en colaboración con otros sujetos. Por ello, cuando varias personas tienen una serie de intereses y necesidades económicas comunes, lo más lógico es que acuerden satisfacer tales intereses y necesidades mediante una actividad común y coordinada.

Nota

Aunque la sociedad surgió como instrumento para integrar a una pluralidad de socios, hoy en día se admite la existencia de sociedades unipersonales.

Al contrato por el que varios sujetos se comprometen a desarrollar conjuntamente una actividad común se denomina contrato de sociedad.

La dualidad de nuestros códigos –civil y de comercio– hace que también regulen por separado un contrato de **sociedad civil** y otro de **sociedad mercantil**. Sin embargo, la mayoría de las sociedades que actúan en el tráfico privado adoptan formas especiales reguladas en leyes ajenas a los códigos; por lo que la vieja discusión acerca de cuándo una sociedad es civil o mercantil no alcanza gran relevancia práctica.

El artículo 116 del Código de comercio de 1885 estableció un **criterio formal** para determinar la mercantilidad de una sociedad: "El contrato de compañías, por el que dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este código". El criterio formal supone que una sociedad será mercantil cuando conste en escritura pública y esté inscrita en el Registro Mercantil. El artículo 1670 del Código civil de 1889 vino a enturbiar esta distinción al establecer un **criterio objetivo** para determinar la naturaleza de las sociedades: "Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código". De acuerdo con este criterio, todas las sociedades, si tienen un objeto mercantil, pueden ser civiles con forma mercantil.

En cualquier caso, existen ciertas formas sociales que necesariamente son mercantiles, al margen de su objeto, simplemente por haberse elegido esa forma, ya que así lo establece la ley que las regula (por ejemplo, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, que, de acuerdo con el artículo 2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, son mercantiles cualquiera que sea su objeto). Y con independencia de la forma elegida, una sociedad se entiende que será mercantil si tiene por objeto una actividad mercantil. En cambio, será civil si desarrolla una actividad no empresarial. Se acude, por lo tanto, a las características del objeto social para encuadrar la sociedad en uno u otro régimen jurídico. Claro que la dificultad radica en determinar qué ha de entenderse por objeto mercantil u objeto civil. No existen criterios uniformes, y más de una de las decisiones tomadas al respecto en la jurisprudencia resultan contradictorias y criticables.

En general, suele considerarse objeto civil el agrícola, el ganadero, el forestal, el profesional, el artesanal, el científico o el artístico-literario.

En materia de sociedades, se suele hacer una distinción fundamental en torno a la responsabilidad que asumen los socios. Por un lado, están aquellas en las que la **responsabilidad de los socios es limitada**: se restringe a la aportación que se tiene que hacer a la sociedad, que acaba siendo la responsable ante terceros (está sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc). Dentro de esta categoría, entran las sociedades mercantiles (anónima y limitada) y sociedades de garantía recíproca. Por otro lado, se distinguen las sociedades en las que la **responsabilidad de los socios es ilimitada**, es decir, va más allá de la aportación que se obligan a hacer a la sociedad; de tal manera que, cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para pagar a los acreedores, éstos podrán proceder contra el patrimonio de los socios que responden ante ellos de manera solidaria. En esta categoría entran las sociedades civiles y dos sociedades reguladas por el Código de comercio: la colectiva y la comanditaria.

La **sociedad civil** se regula en el Código civil. Conforme a su artículo 1655, "la sociedad es un contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias". El código establece dos elementos esenciales de la sociedad, como son el establecimiento de una masa común y el ánimo de lucro. Como antes hemos señalado, la sociedad será civil si desarrolla una actividad civil. La sociedad civil es de responsabilidad ilimitada, pues todos los socios responden de las deudas si el patrimonio social es insuficiente.

La sociedad civil no requiere forma alguna para su constitución, salvo que se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso es necesaria la escritura pública (art. 1667 Código civil).

Dentro de las sociedades consideradas tradicionalmente mercantiles, por estar reguladas en el Código de comercio o en leyes mercantiles especiales, se hace también una distinción entre **sociedades personalistas** y **sociedades capitalistas**. En las primeras se incluyen una serie de sociedades con la característica común de prestar una especial atención a las condiciones personales de los socios; así ocurre con la sociedad colectiva, la sociedad comanditaria y la agrupación de interés económico; enumeración que se completa con las cuentas en participación, dado que, a pesar del carácter interno que tienen (no se manifiesta frente a terceros), su régimen presupone la relación *intuitus personae*. La sociedad colectiva es el prototipo de este grupo, dada la intensidad con la que se muestra la atención a las cualidades personales del socio. En la actualidad, el recurso a formas societarias personalistas es claramente residual.

Los elementos que caracterizan las sociedades capitalistas son radicalmente opuestos a los de las personalistas. En este grupo se incluyen las sociedades que no toman en cuenta las condiciones personales de los socios sino su aportación de capital. Se trata de sociedades donde la relación es *intuitus pecuniae* (sociedades anónima y limitada y sociedades de garantía recíproca).

2. Sociedades personalistas

2.1. La sociedad colectiva

2.1.1. Constitución y caracteres

Regulada en los artículos 125 y siguientes del Código de comercio, la sociedad colectiva es la forma más simple y más antigua de sociedad mercantil. Esta sociedad nace en la Edad Media fruto de las necesidades de los mercaderes de la época y de la evolución de los vínculos familiares hacia vínculos obligacionales próximos consecuencia de la expansión geográfica de las actividades y de la búsqueda de financiación fuera del entorno familiar.

A pesar de que actualmente la constitución de sociedades colectivas es residual, su importancia radica en el carácter de sociedad mercantil general del tráfico. Así, el régimen jurídico de la sociedad colectiva se aplica cuando no resulta claro el tipo social constituido, cuando se ha de completar la normativa de tipos sociales especiales y cuando, habiéndose manifestado la voluntad de constituir una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, no se cumplen los requisitos exigidos para la válida constitución de éstas y sin embargo desarrollan actividades mercantiles (art. 39.1 TRLSC).

La sociedad colectiva es el prototipo de sociedad personalista. En su régimen jurídico están presentes todas las características típicas de esta clase de sociedades.

a) Responsabilidad personal, ilimitada, solidaria y subsidiaria de los socios por las deudas sociales (art. 127 CdeC). Es **subsidiaria**, puesto que para satisfacer las deudas de la sociedad es preciso proceder contra el patrimonio de la sociedad antes que contra el de los socios; **ilimitada**, dado que los socios responden con todo su patrimonio; **solidaria**, puesto que a cualquiera de ellos se exige el total de las reclamaciones insatisfechas por la sociedad, sin perjuicio del derecho de repetición que tiene todo deudor solidario que paga. Frente al tercer acreedor, cada socio se comporta como si fuera deudor único. Y si un socio paga, puede reclamar del resto de socios la parte proporcional de la deuda pagada.

b) Administración de la sociedad vinculada a la condición de socio (art. 129 CdeC) y, consecuencia de ello,

c) sujeción de la transmisión de la condición de socio al consentimiento de todos los demás socios (art. 143 CdeC).

El contrato de sociedad colectiva debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. El contenido de la escritura pública viene establecido expresamente (arts. 125 CdeC y 209 RRM).

La escritura social de la compañía colectiva deberá expresar:

1) el nombre, apellido y domicilio de los socios;

2) la razón social;

3) el nombre y apellido de los socios a quienes se encomiende la gestión de la compañía y el uso de la firma social;

4) el capital que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos o de las bases sobre las que haya de hacerse el avalúo;

5) la duración de la compañía;

6) las cantidades que, en su caso, se asignen a cada socio gestor anualmente para sus gastos particulares.

Se podrán también consignar en la escritura todos los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer (art. 125 CdeC).

El CdeC exige que la razón social esté formada únicamente por el nombre de todos o parte de los socios y prohíbe incluir el nombre de las personas que no pertenezcan a la sociedad (arts. 126.II CdeC y 401.3 RRM). La sociedad estará obligada a modificar la razón social cuando una persona cuyo nombre figura en ella pierda por cualquier causa esa condición de socio (art. 401.4 RRM). La persona que, no perteneciendo a la compañía, incluya su nombre en la razón social, responderá solidariamente de las deudas sociales (art. 126.III CdeC). Esto se explica porque la garantía que los terceros tienen en una sociedad colectiva radica en la responsabilidad de los socios; y en la constancia del nombre de un no socio en la razón social produce una apariencia que debe ser tutelada mediante la sujeción del no socio al régimen de responsabilidad de los socios.

Compañía colectiva

"La compañía colectiva habrá de girar bajo el nombre de todos sus socios, de algunos de ellos o de uno solo, y se debe añadir, en estos dos últimos casos, al nombre o nombres que se expresen, las palabras *y compañía*" (art. 126 CdeC).

2.1.2. Derechos y obligaciones de los socios

La primera **obligación del socio es aportar** bienes (dinero, cosas muebles o inmuebles y derechos) o trabajo a la sociedad. No es necesario que se forme un patrimonio inicial de la sociedad colectiva dado que ésta puede fundarse exclusivamente por **socios industriales**, que son los que únicamente aportan su trabajo o servicios a la sociedad (arts. 116 CdeC y 209.8.ª RRM). Si todos o alguno de los socios aportan bienes o derechos a la sociedad, esas aportaciones integrarán el patrimonio inicial de la sociedad. El patrimonio de la sociedad es un patrimonio separado del patrimonio personal de los socios y, por ello, los

socios no pueden disponer individualmente de aquél (art. 139 CdeC). También pesa sobre el socio el **deber de no competencia** con la sociedad (arts. 136, 137 y 138 CdeC). Este deber se basa en el deber de fidelidad como manifestación del principio general de buena fe que prohíbe conductas de los socios que persiguen obtener ventajas personales a expensas de la sociedad. Para los socios que aportan capital, este deber se limita a operaciones del mismo género que el objeto social. Para el socio industrial, este deber, salvo pacto en contra, va más allá y no puede desarrollar actividad de ningún género por su cuenta.

Como derechos, al socio colectivo le corresponde, en primer lugar, el **derecho a participar en la gestión social**. El CdeC establece un régimen de administración de la sociedad de carácter dispositivo (aplicable cuando no se haya pactado nada al respecto). Este régimen atribuye a todos los socios el derecho de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes (art. 129 CdeC). Se trata de una administración conjunta o mancomunada de todos los socios presentes. No obstante, también se prevé la posibilidad de que la gestión se encomiende sólo a algunos de los socios (art. 131 CdeC) o que se atribuya en el contrato social a un único socio, denominado *gestor estatutario* (arts. 132 CdeC y 209.9.° RRM), cuyo cargo tiene carácter irrevocable. Así, en caso de mala gestión, al no poder ser destituido, se atribuye a los demás socios la facultad de nombrar un coadministrador o de solicitar al juez su exclusión de la sociedad (arts. 132 CdeC y 211 RRM). Serían posibles otras modalidades de gestión si media pacto expreso en la escritura social o se adopta un acuerdo posterior al respecto.

También le corresponde al socio colectivo el **derecho de información**, derecho que goza de gran amplitud como medida de control de la gestión social y como consecuencia del riesgo que asumen los socios por el régimen de responsabilidad al que están sujetos. El derecho de información se extiende al examen del estado de la administración y al de la contabilidad (art. 133 CdeC).

El derecho que sirve para satisfacer el ánimo de lucro que los socios persiguen al constituirse en sociedad es el **derecho a participar en las ganancias y en el patrimonio resultante de la liquidación**. La aportación de cada socio sirve para determinar tanto su participación en el patrimonio social como su participación en las pérdidas y ganancias de la sociedad que, salvo pacto en contra, serán proporcionales a dicha aportación. Los socios industriales participan en la misma proporción que corresponde al socio que haya realizado la aportación menor de capital, pero no le son imputables las pérdidas, salvo pacto expreso en contra (arts. 140 y 141 CdeC).

Socio industrial

El socio industrial responde de deudas pero no de pérdidas. Esto es, frente a terceros es responsable subsidiario, solidario e ilimitado de las deudas sociales. Ahora bien, si paga la deuda, podrá reclamar al resto de socios el importe íntegro de lo pagado.

2.1.3. Adopción de acuerdos sociales

La transmisión de las partes sociales y el resto de acuerdos sociales se adoptan por unanimidad.

Los artículos 129 y 143 del Código de comercio así lo exigen tanto para los acuerdos relativos a la gestión social como para los relativos a la modificación de la escritura social. El riesgo que asumen los socios colectivos lo justifica (no les resulta indiferente que sea socio una persona poco solvente porque frente a terceros habrían de suplir su insolvencia, o arriesgada porque puede llegar a comprometer sus patrimonios). La entrada de un nuevo socio también puede producirse por sucesión *mortis causa*; aunque este supuesto sólo tendrá lugar cuando en el contrato de sociedad se haya previsto expresamente que, en caso de muerte de uno de los socios la sociedad continúe con sus herederos (art. 222, 1.° CdeC), pues de otro modo, la muerte de un socio produce la disolución de la sociedad. Esta es otra manifestación del carácter personalista del tipo.

También requiere unanimidad la rescisión parcial del contrato cuando, como sanción, se quiere excluir de la sociedad a un socio. La exclusión del socio puede ocurrir por usar los bienes comunes y la firma social para negocios por cuenta propia, por injerirse en funciones administrativas de la sociedad el socio a quien no compete desempeñarlas, por cometer fraude algún socio administrador en la administración o contabilidad de la compañía, por dejar de poner en la caja común el capital que cada uno estipuló en el contrato de sociedad, por realizar por su cuenta operaciones de comercio que no sean lícitas, por ausentarse el socio industrial si, habiendo sido requerido para regresar y cumplir con sus deberes, no lo hace o no acredita una causa justa, y por incumplir de cualquier otro modo sus obligaciones (art. 218 CdeC).

La disciplina de las modificaciones estructurales de la sociedad colectiva consistentes en la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo y, por extensión, el traslado internacional del domicilio social, se regula ahora en la nueva Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante, LME). Todas las modificaciones estructurales requieren la previa inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (arts. 4, 22, 68, 81 y 92 y DA 2.ª LME).

2.1.4. Disolución, liquidación y extinción

La extinción de una sociedad de forma instantánea es el resultado de un proceso que comprende la disolución, liquidación y extinción en sentido estricto. La disolución de la sociedad comporta la apertura del proceso de liquidación

dirigido a la conclusión de las operaciones pendientes con terceros y, en su caso, el reparto final del patrimonio resultante entre los socios. Este proceso culmina con la cancelación de los asientos registrales de la sociedad extinguida.

Para la cancelación de los asientos se presenta en el Registro una escritura pública donde conste la manifestación de los liquidadores de que se han cumplido las disposiciones legales y estatutarias, junto con el balance final de liquidación y la relación de los socios donde conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiera correspondido a cada uno (art. 247 RRM).

Durante el período de liquidación, la sociedad conserva su personalidad jurídica, si bien su actividad deja de ser la propia del objeto social para centrarse en las tareas que conducen a la extinción de la sociedad.

El estudio de las causas legales de disolución suele hacerse distinguiendo entre causas objetivas (que afectan a la sociedad) y causas subjetivas (que afectan a los socios).

Las **causas de disolución objetivas** se enumeran en el artículo 221 del Código de comercio y comprenden:

a) el **vencimiento del término establecido** en el contrato de sociedad, que opera *ipso iure* (esto es, de manera automática) sin requerir el acuerdo de los socios y es oponible a terceros sin necesidad de inscripción.

Los socios pueden evitar la disolución prorrogando la duración de la sociedad antes de que llegue el plazo fijado en el contrato o estableciendo un plazo indefinido de duración, pero, una vez transcurrido, no cabe prórroga ni cambio del plazo;

b) la **conclusión de la empresa, que constituye el objeto social de la sociedad**, que sólo opera en relación con sociedades constituidas para realizar una o más operaciones específicas o en los casos de imposibilidad de desarrollar el objeto social y requiere un acuerdo social al respecto por el que puede evitar que opere mediante la modificación del objeto social;

c) la **pérdida entera del capital** aportado por los socios, al no ser posible continuar por falta de recursos y no acordar los socios realizar aportaciones complementarias;

d) la **apertura de la fase de liquidación de la compañía declarada en concurso** (nos remitimos al módulo 5 para su explicación).

Las **causas de disolución subjetivas** son las del artículo 222 del Código de comercio, y son:

a) la **muerte de cualquier socio colectivo**, que produce la disolución automática de la sociedad, salvo que en el contrato se haya pactado la continuación de la sociedad entre los socios supervivientes o con los herederos;

b) la **incapacitación de un socio gestor para administrar sus bienes** por la imposibilidad de funcionamiento de la sociedad en esta situación;

c) la **apertura de la fase de liquidación en el concurso de cualquiera de los socios colectivos**, que refleja, al igual que las dos anteriores, el carácter personalista del tipo.

Las sociedades colectivas pueden también disolverse por denuncia (voluntad) de cualquiera de sus socios (arts. 224 y 225 CdeC). Se trata de evitar la vinculación perpetua con la sociedad cuando ésta se ha constituido por tiempo indefinido. La denuncia unilateral de un socio exige que se efectúe de buena

fe y ponerla en conocimiento previo de los demás socios; de lo contrario, será ineficaz y faculta a los demás socios para excluir de la sociedad al denunciante (art. 218, 7.° CdeC).

2.2. La sociedad comanditaria

Regulada en los artículos 145 y siguientes del Código de comercio, la sociedad comanditaria se diferencia de la colectiva en que, junto a la existencia de socios colectivos a quienes se aplica el mismo estatuto jurídico que el de los socios de la sociedad colectiva, hay otros socios que no responden de forma ilimitada, sino sólo con las aportaciones que realicen a la sociedad. Éstos se denominan socios comanditarios, y, a diferencia de los colectivos, no pueden gestionar la sociedad ni tan siquiera ser apoderados de un socio gestor (art. 148 CdeC). La prohibición de gestión se justifica, precisamente, en su régimen de responsabilidad limitado a lo que han aportado; más allá de esto, los terceros no pueden reclamar nada. Si se les permitiese gestionar la sociedad, podrían comprometer el patrimonio de los colectivos acometiendo operaciones más arriesgadas que las que acometerían éstos.

Nota

Los socios comanditarios deben realizar aportaciones a la sociedad de dinero, bienes o derechos.

La escritura social de la sociedad en comandita debe incorporar las mismas circunstancias que la colectiva, constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. La presencia de los socios comanditarios conlleva la necesaria existencia de un patrimonio social inicial, aunque todos los colectivos fueran socios industriales.

En la razón social, nunca pueden incluirse los nombres de los socios comanditarios. Si algún comanditario incluyese su nombre o consintiese su inclusión en la razón social, quedará sujeto, respecto a los terceros, a las mismas responsabilidades que los gestores, sin adquirir más derechos que los que le corresponden como comanditario.

Compañía en comandita

La compañía en comandita girará bajo el nombre de todos los socios colectivos, de algunos de ellos, o de uno sólo, y se debe añadir, en estos dos últimos casos, el nombre o nombres que se expresen con las palabras *y compañía*, y en todos, las de *sociedad en comandita* (art. 146 CdeC).

Justificado también en su régimen de responsabilidad, el derecho de información del que gozan los socios comanditarios es limitado, de manera que no puede examinar el estado y la situación de la administración social sino en las épocas señaladas en la escritura. Y si nada se ha previsto al respecto, se comunicará necesariamente a los socios comanditarios el balance de la sociedad a fin de año, poniéndoles de manifiesto, durante un plazo que no podrá bajar de quince días, los antecedentes y documentos precisos para comprobarlo y juzgar las operaciones (art. 150 CdeC). Sus derechos de contenido económico (participación en beneficios y cuota resultante de la liquidación) son, salvo pacto en contra, proporcionales a su aportación.

Por lo que respecta a los acuerdos sociales (que deberán adoptarse contando también con la voluntad de todos los socios comanditarios) y a la disolución, liquidación y extinción de la sociedad, nos remitimos a lo señalado para las sociedades colectivas.

2.3. Cuentas en participación

Por este contrato, una parte (cuenta partícipe) aporta un dinero, y otra (gestor) lo invierte con la finalidad de repartirse las ganancias posteriormente. Lo característico de este contrato es la separación de funciones (las cuenta partícipes sólo aportan, no gestionan, y viceversa) y, sobre todo, que, frente a terceros, los gestores actúan como si el negocio fuese suyo, sin hacer constar que en realidad gestionan un patrimonio de otra persona. Esta figura está recogida en los artículos 239 y siguientes del Código de comercio.

La naturaleza de las cuentas en participación es discutida. Un sector doctrinal entiende que se trata de contrato de colaboración *sui generis* y otro sector doctrinal sostiene que se trata de una sociedad. En contra del carácter societario, se argumenta la falta de personalidad jurídica, al no poder adoptar una razón social común (art. 241 Cc), y la ausencia de un patrimonio común, dado que el gestor adquiere la titularidad plena del capital aportado por el partícipe.

3. Las sociedades de capital

3.1. El Texto refundido de la Ley de sociedades de capital

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) ha acabado con la dispersión de la normativa que hasta ahora regulaba las sociedades de capital y que generaba descoordinaciones, imperfecciones y lagunas respecto de las cuales doctrina y jurisprudencia ofrecían soluciones legales divergentes. El TRLSC incorpora el contenido de la sección IV del título I del libro II del Código de Comercio de 1885, relativa a las sociedades comanditarias por acciones; el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y el contenido del título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, relativo a las sociedades anónimas cotizadas. Estos tres tipos sociales –sociedad anónima, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones– se rigen ahora por esta norma.

El TRLSC contiene la totalidad de la regulación legal general de las sociedades de capital, con la única excepción de la derivada de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), por cuanto que su contenido, al estar referido a toda clase de sociedades mercantiles, incluidas las personalistas, hubiera provocado incoherencias.

Tal y como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, el TRLSC nace con voluntad de provisionalidad, dado que, de una parte, en un futuro inmediato el legislador debe afrontar importantes reformas en esta materia tales como la ampliación de la dinámica de los deberes fiduciarios de los administradores, una más detallada regulación de las sociedades cotizadas y la creación de un derecho sustantivo de los grupos de sociedades a los que únicamente se hace referencia en el régimen de las cuentas consolidadas. De otra parte, se aspira a que la totalidad del derecho general de las sociedades mercantiles, incluido el aplicable a las sociedades personalistas, se contenga en un cuerpo legal unitario.

4. La sociedad anónima

4.1. Concepto y constitución

El artículo 1.3 TRLSC establece que, "en la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente por las deudas sociales".

Tradicionalmente, la sociedad anónima se ha considerado la sociedad capitalista por excelencia, por ser, al menos teóricamente, la que menos relevancia da a las relaciones personales entre los socios. Fruto de una larga evolución histórica, sus orígenes se remontan a la Edad Moderna y al ámbito de lo público, cuando, para acometer las grandes empresas marítimas y coloniales, era preciso contar con grandes capitales superando las dificultades económicas y jurídicas que para ello presentaba la sociedad colectiva. Así, las llamadas compañías coloniales surgen en el siglo XVII en Gran Bretaña, Holanda y Francia. En España aparecerán en el siglo XVIII, cuando la Corona de Castilla emprende el comercio con las Indias. El objetivo de lograr grandes capitales se consigue con la división del capital en partes alícuotas, denominadas acciones. El escaso valor de cada acción, unido a la responsabilidad limitada de los socios, hace atractivo este tipo de sociedad para el pequeño inversor, de forma que puede lograrse un capital cuantioso por medio del pequeño ahorro.

Estas sociedades deben tener un **capital mínimo** de sesenta mil euros y se expresará precisamente en esa moneda (art. 4.2 TRLSC). Con ello se quiere lograr que esta forma social sólo se emplee por sociedades de una cierta entidad. Se constituyen mediante **escritura pública** e inscripción de la misma en el **Registro Mercantil** (art 20 TRLSC). Esta inscripción tiene carácter constitutivo y sin ella no se adquiere la personalidad jurídica de sociedad anónima. Tal inscripción, como es regla en el sistema registral mercantil, se publicará en el **Boletín Oficial del Registro Mercantil** (art. 35 TRLSC).

Una vez inscrita la sociedad anónima, la acción de nulidad de la misma sólo puede ejercitarse por una serie de causas que establece el artículo 56 TRLSC. Aunque la ley habla de nulidad, el régimen de la misma no se corresponde con el de la categoría de nulidad de los negocios jurídicos, dado que la sentencia que declara la nulidad no tiene efectos retroactivos. Tras esa sentencia se liquida la sociedad como si hubiera existido válidamente a todos los efectos hasta ese momento (art. 57 TRLSC). Con ello se quiere favorecer a los terceros que hayan contratado con la sociedad, dado que la nulidad de los actos celebrados resultaría normalmente mucho más perjudicial, y por eso se les considera subsistentes.

En la etapa constitucional hay que distinguir lo que es la **escritura social**, el pacto constitutivo de las partes que deberá contener las menciones exigidas por el art. 22 TRLSC y elevarse a escritura pública, y los **estatutos**, donde se establecen las reglas que regirán el funcionamiento de la sociedad anónima (art. 23 TRLSC). En la escritura se deben hacer constar los estatutos, pero aquélla excede de éstos tanto en su contenido como en su propio concepto. En la escritura y en los estatutos se pueden incluir, además, todos los pactos y con-

diciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima (art. 28 TRLSC).

1. En la escritura de constitución de cualquier sociedad de capital se incluirán, al menos, las siguientes menciones:

a) La identidad del socio o socios.

b) La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.

c) Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.

d) Los estatutos de la sociedad.

e) La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.

2. Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución determinará el modo concreto en el que inicialmente se organice la administración si los estatutos prevén diferentes alternativas.

3. Si la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución expresará, además, la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta la inscripción (art. 22 TRLSC).

En los estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar:

a) La denominación de la sociedad.

b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran.

c) El domicilio social.

d) El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa.

Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos.

Si la sociedad fuera anónima, expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo en que satisfacerlo, y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.

e) En las sociedades de responsabilidad limitada, el modo o modos de organizar la administración de la sociedad. En las sociedades anónimas, la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad.

Se expresará, además, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución si la tuvieren; y en las sociedades comanditarias por acciones, la identidad de los socios colectivos.

f) El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad (art. 23 TRLSC).

Existen dos formas de fundación: la **simultánea** y la **sucesiva**; pero, de hecho, siempre se procede por la vía de la fundación simultánea. Ésta se caracteriza por que el pacto de todos los fundadores se realiza en sólo un acto, todos ellos se conocen de antemano y constituyen la sociedad porque entre ellos se bastan para cubrir el capital. Es el supuesto más común.

La escritura de constitución de las sociedades de capital deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, sean personas físicas o jurídicas, por sí o por medio de representante, quienes habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales o suscribir la totalidad de las acciones (art. 21 TRLSC).

La fundación sucesiva debe emplearse cuando se proyecte realizar una promoción pública de la suscripción de acciones por cualquier medio de publicidad o mediante la actuación de un intermediario financiero (art. 41 TRLSC). Los promotores en esta modalidad de fundación buscan los futuros socios que desembolsarán el capital y asumirán las acciones.

> "Los fundadores (y promotores en la fundación sucesiva) de la sociedad pueden reservarse derechos económicos especiales siempre que su valor en conjunto no supere el diez por ciento de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y que su duración no exceda de diez años" (art. 27 TRLSC).

4.2. Las acciones

Las acciones de la sociedad anónima se estudian tradicionalmente diferenciando en las mismas tres aspectos o funciones: la acción representa una parte alícuota del capital, confiere a su titular un conjunto de derechos y es un título valor de participación. Siguiendo esta división, vamos a estudiar los aspectos relevantes de la acción. Junto a ello, también nos detendremos en los distintos derechos reales que cabe constituir sobre las acciones y en el régimen de adquisición por la sociedad de sus propias acciones.

4.2.1. La acción como parte del capital

Las acciones representan **partes alícuotas del capital social**, de forma que el resultado de multiplicar el número de acciones por su valor nominal tiene que ser igual a la cifra de capital social. Por ello, el régimen del capital social de la sociedad anónima va unido inseparablemente al de las acciones, y una modificación del capital supone un aumento o reducción del número de acciones o del valor nominal de las mismas.

Capital social

El capital social es una cifra que permanece invariable a lo largo de la vida de la sociedad, salvo que, por acuerdo de la junta, se aumente o reduzca.

Se dice que las acciones tienen **tres valores distintos** que no tienen por qué corresponderse: el valor nominal, el valor de mercado y el valor contable. El **valor nominal** es el valor fijado como parte del capital social y es siempre el mismo (salvo que se modifique por acuerdo de la junta general en supuestos

de modificación del capital). En cambio, el **valor de mercado** depende de la buena o mala marcha de la sociedad. En cuanto al **valor contable**, es el resultado de dividir el patrimonio neto contable entre el número de acciones.

El valor de mercado de la acción se determina por la ley del mercado. Si la sociedad marcha bien y reparte buenos dividendos, el titular de la acción pedirá por ella un precio superior al valor nominal, pues sabe que se lo van a ofrecer. Las sociedades que cotizan en bolsa a menudo alcanzan un precio de cotización cuarenta o cincuenta veces superior al valor nominal, que, como decimos, permanece inalterable durante la vida de la sociedad (salvo aumento o reducción de capital que afecte al valor nominal). Por la misma razón, cuando se emiten nuevas acciones como consecuencia del aumento del capital, el valor de suscripción es muy superior al valor nominal (se paga la llamada "prima de emisión"). En cuanto al valor contable, no depende, obviamente, del mercado (que a menudo paga por una acción mucho más que el valor que tiene según la contabilidad de la sociedad, porque se espera que el valor va a subir aún más en el futuro).

Los conceptos de **capital social** y **patrimonio** obedecen a realidades económicas y jurídicas distintas. La cifra de capital, tal y como hemos señalado, es inalterable (salvo modificación de los estatutos) y supone una cifra teórica. Indica a los terceros cuál es la capacidad económica teórica de la sociedad: los recursos que precisa para llevar a cabo la explotación de su actividad y el patrimonio de que dispone inicialmente. En ese sentido, a mayor capital, la sociedad se muestra más solvente, pues en un principio nace con un patrimonio al menos igual a la cifra de capital. En cambio, el patrimonio lo constituyen los bienes y derechos efectivos de los que es titular la sociedad, una vez deducidas sus deudas. El patrimonio varía conforme la sociedad realiza su actividad y constituye la verdadera y real garantía de los acreedores. Ante ellos no se responde con el capital, que es una cifra teórica, sino con el patrimonio efectivo en ese momento.

De ahí que la ley busque que se igualen las cifras de patrimonio y capital y establece una serie de medidas para ello: la suscripción total de las acciones asegura que, al nacer la sociedad, el patrimonio sea, al menos, igual a la cifra de capital; el régimen de adquisición de acciones propias evita que no ingresen activos en la sociedad al suscribir con cargo al propio patrimonio; se prohíben las aportaciones que consistan en trabajo o servicios; si el patrimonio se reduce a menos de la mitad del capital, es preciso disolver la sociedad, salvo que se reduzca el capital, etc. Con esto se busca que esa cifra teórica de capital, que es la garantía inicial y teórica del acreedor, se corresponda con la garantía real, y se eviten las falsas apariencias de una sociedad con capital elevado pero patrimonio muy disminuido. De todas formas, esta función "clásica" del capital como cifra de garantía y retención está ya bastante criticada, pues no ha logrado cumplir una función de capitalización real de la sociedad.

El **capital social** de la sociedad anónima ha de estar **íntegramente suscrito** (distribuido entre todos los socios) y **desembolsado en una cuarta parte** por lo menos, el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento de capital social (art. 79 TRLSC).

Las aportaciones que realice el socio a la sociedad, que se entienden hechas a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule otra cosa, pueden ser de dinero (**aportaciones dinerarias**) o de todo tipo de bienes o derechos patrimoniales valorables económicamente (**aportaciones no dinerarias**); se excluyen expresamente las prestaciones de trabajo y los servicios (art. 58 TRLSC).

No obstante, en los estatutos se puede establecer con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas **prestaciones accesorias** distintas de las aportaciones de capital sin que puedan formar parte del capital de la sociedad. Las prestaciones accesorias pueden consistir en dar (por ejemplo, bienes, dinero), hacer (por ejemplo realizar determinadas tareas) o no hacer (por ejemplo no hacer competencia). Estas prestaciones pueden ser gratuitas o retribuidas (art. 86 TRLSC).

De esas aportaciones, se controla la realidad de su desembolso, esto es, que realmente se aporta el dinero o que el bien o derecho que se aporta vale realmente la cantidad que se ha valorado por parte del aportante. Así, cuando se aporta dinero, se debe acompañar la certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito que el notario incorporará a la escritura, o entregárselo a éste para que lo constituya a nombre de la sociedad (art. 62.1 TRLSC). Las aportaciones no dinerarias deben ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social (art. 67.1 TRLSC), salvo que la aportación consista en valores mobiliarios que coticen en bolsa u otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario que se valorarán al precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en el último trimestre anterior a la fecha de la realización efectiva de la aportación (art. 69.a TRLSC) o consista en otros bienes cuyo valor razonable se hubiera determinado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes (art. 69.b TRLSC). Cuando las aportaciones no dinerarias se efectúen sin el informe de los expertos independientes, los administradores deberán elaborar un informe describiendo la aportación e indicando, entre otros extremos, su valor, el origen de esa valoración y, cuando proceda, el método seguido para determinarla (art. 70 TRLSC). Cuando el desembolso se efectúe total o parcialmente mediante aportaciones no dinerarias, deberá expresarse, además, su valor y si los futuros desembolsos se efectuarán en metálico o en nuevas aportaciones no dinerarias (art. 80.1 TRLSC). El plazo de desembolso con cargo a aportaciones no dinerarias no podrá exceder de cinco años contados desde la constitución de la sociedad o del acuerdo de aumento del capital social (art. 80.2 TRLSC).

Moneda de las aportaciones

Las aportaciones dinerarias deben establecerse en euro. Si la aportación fuese en otra moneda, se determinará su equivalencia en euros (art. 61 TRLSC).

Para evitar que se eluda el control de las aportaciones no dinerarias (por ejemplo simulando que se realiza una aportación dineraria, se vende a la sociedad el bien cuyo control se quiere eludir y se cubre con el precio el desembolso correspondiente), la LSA establece que las adquisiciones de bienes a título oneroso que realice la sociedad desde el otorgamiento de la **escritura de constitución** o a partir de la transformación en este tipo social y hasta **dos años de la inscripción** de la misma en el Registro Mercantil, deben ser **aprobadas por la junta general** si el importe de aquéllas excede de la décima parte del capital social, salvo que se trate de adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad o que se verifiquen en bolsa de valores o en subasta pública (art. 72 TRLSC).

Nota

Los fundadores de la sociedad anónima responden solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias (art. 77 TRLSC).

Como se ha señalado, la ley exige al socio suscriptor de acciones que desembolse, al menos, una cuarta parte del valor de las mismas. La parte no desembolsada se denomina "dividendos pasivos", y los estatutos deben establecer el régimen del pago de los mismos. En caso de demora en tal desembolso, el accionista moroso ve suspendidos sus derechos de voto, de participación en dividendos y de suscripción preferente (art. 83 TRLSC).

4.2.2. La acción como conjunto de derechos

La ley establece una serie de derechos mínimos que debe conferir cada acción. Siguiendo el orden de la ley, son los siguientes:

a) El derecho a participar en el **reparto de beneficios** y en el **patrimonio resultante de la liquidación** cuando ésta se realice. Es el principal atractivo del accionista, junto con la posibilidad de poder enajenar la acción para recuperar (o ganar o perder) lo que por ella pagó.

b) El derecho de **suscripción preferente**, que supone que, cuando la sociedad emita nuevas acciones (aumentando el capital) u obligaciones convertibles en acciones, el accionista tiene derecho a comprar un número de tales acciones u obligaciones proporcional al valor nominal de las acciones de las que ya sea titular. De esta forma, puede seguir conservando en el nuevo capital la misma proporción de participación que tenía antes de la ampliación.

Este derecho es titularidad tanto de accionistas como de titulares de obligaciones convertibles, pues éstos, en un momento dado, pueden convertirse en accionistas. Por esa misma razón, se tiene derecho de suscripción tanto de acciones como de obligaciones convertibles, ya que éstas, en los momentos fijados, pueden convertirse en acciones a voluntad del obligacionista.

c) El derecho de **asistir y votar** en las juntas generales y el de **impugnar los acuerdos sociales**. El derecho de voto debe ser siempre proporcional al valor nominal (si, por ejemplo, una acción de una determinada sociedad tiene 10 euros de valor nominal y otorga un voto, una de 20 euros de valor nominal debe otorgar dos votos). La acción con valor nominal más bajo dará lugar a un voto. No obstante, los estatutos pueden exigir la posesión de un número mínimo de acciones para asistir a la junta general, sin que, en ningún caso,

pueda ser superior al uno por mil del capital social. También pueden establecer el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo (art. 188 TRLSC). El derecho de voto permite la actuación de todos los socios en la formación de la voluntad social. Existe, no obstante, la figura de las acciones sin voto, que carecen del derecho de voto pero otorgan más derechos económicos (arts. 98 y ss. TRLSC), y que en la práctica no se ha utilizado.

d) Por último, el **derecho de información** es un derecho relativamente limitado, pues no implica que el socio pueda pedir toda la información que desee. En principio, se ejerce con la posibilidad de consultar hasta el séptimo día antes de la celebración de la junta general los documentos relativos a la misma, y durante la celebración de la junta general podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. En caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta (art. 197 TRLSC).

Las acciones son de la misma clase cuando otorgan los mismos derechos: ordinarias, privilegiadas, sin voto. Dentro de una clase puede haber distintas series de acciones, y todas las acciones de la misma serie deberán tener igual valor nominal (art. 94.2 TRLSC).

Las **acciones privilegiadas** son las que otorgan mayores derechos que las ordinarias. Para su creación, se exigen los mismos requisitos que para la modificación de estatutos. En todo caso, ese privilegio no puede ser un derecho de percibir un interés, ni alterar la proporción entre el valor nominal y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente (art. 96 TRLSC). Si consiste en el derecho a obtener un dividendo preferente, la sociedad estará obligada a acordar el reparto del dividendo si existieran beneficios distribuibles (art. 95.2 TRLSC).

4.2.3. La acción como título

Las acciones pueden estar representadas **mediante títulos** (títulos-valor de participación social), pero también mediante **anotaciones en cuenta** y, en ambos casos, tendrán la consideración de valores mobiliarios. (art. 92.1 TRLSC). Esta última modalidad de representación se rige por las reglas del mercado de valores y supone un cambio del concepto de título valor, pues ya no existe un título material en el que se plasmen los derechos, sino un simple asiento contable, no susceptible de posesión ni entrega material.

Las acciones representadas por medio de títulos pueden ser nominativas o al portador; pero serán necesariamente nominativas mientras no haya sido enteramente desembolsado su importe, cuando su transmisibilidad esté sujeta a restricciones, cuando lleven aparejadas prestaciones accesorias o cuando así lo exija alguna norma especial. Para su transmisión rigen las reglas generales: las nominativas se transmiten por endoso y las que son al portador, por la simple entrega. La transmisión de las acciones anotadas en cuenta debe hacerse siempre mediante transferencia contable (cambio en el registro contable). En principio, la transmisión de acciones es libre, pero los estatutos pueden imponer restricciones a la transmisión de acciones siempre que éstas sean nominativas, si bien en ningún momento pueden impedirla. Si la transmisibilidad de las acciones se condiciona a la previa autorización de la sociedad, los estatutos deberán mencionar las causas que permitan denegarla (arts. 113 y ss. TRLSC).

Libro-registro de acciones nominativas

Las acciones nominativas deben constar en un libro-registro que llevará la sociedad, en el que se inscribirán las sucesivas transferencias de las acciones, con expresión del nombre, apellidos, razón o denominación social, en su caso, nacionalidad y domicilio de los sucesivos titulares, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre aquellas. La sociedad solo reputa accionista a quien se halle inscrito en dicho libro (art. 116 TRLSC).

La anónima es una sociedad "abierta", a la que resulta indiferente la personalidad concreta de sus socios. Pero en ciertos casos, sociedades anónimas pequeñas pueden tener interés en que no entre cualquier nueva persona como socio, y por eso imponen restricciones a la transmisión de sus acciones. Las sociedades que cotizan en bolsa no pueden imponer ningún tipo de restricción. De hecho, la realidad enseña que la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas –salvo las cotizadas– son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones.

4.2.4. La acción como objeto de derechos reales

Las acciones, pueden ser objeto de derechos reales, que recaen sobre el ejercicio del derecho del accionista. El TRLSC regula los supuestos de copropiedad de acciones, usufructo de acciones y prenda y embargo de acciones en los artículos 126 y ss.

En el caso de usufructo de acciones, el nudo propietario sigue siendo el socio y sigue ejerciendo los derechos políticos, pero los derechos económicos los disfruta el usufructuario. El derecho a los dividendos del usufructuario se limita a los acordados durante el tiempo del usufructo, aunque se satisfagan con posterioridad.

En cuanto a la prenda de acciones, el socio sigue siendo el propietario, y el derecho del acreedor se limita a poder realizar venta forzosa de la acción en caso de impago de la deuda garantizada.

4.2.5. Negocios sobre acciones propias (autocartera)

La sociedad no puede adquirir sus propias acciones, y eso se debe a dos razones fundamentales. La primera es de carácter político: la voluntad de la sociedad no se vería formada por los intereses de los accionistas, sino que en ella influiría la propia sociedad al votar ella misma como titular de acciones. Con ello, en vez de buscarse el interés de los accionistas, podría actuarse en un sentido opuesto. La segunda razón es de carácter económico: al suscribir la sociedad sus propias acciones, no ingresaría dinero efectivo de terceras personas como consecuencia del desembolso del capital, sino dinero de la propia sociedad, con lo que ésta no se enriquecería.

Existen dos tipos de adquisición de acciones propias por parte de una sociedad: la originaria y la derivativa. La **originaria** se refiere a la suscripción, esto es, a la adquisición de acciones en el momento de constituirse la sociedad, y está **prohibida** tanto respecto a las acciones propias como a las emitidas por su sociedad dominante (art. 134 TRLSC).

Las acciones suscritas que infrinjan esta prohibición serán propiedad de la sociedad suscriptora. No obstante, cuando se trate de acciones propias, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y, en caso de aumento del capital social, sobre los administradores. Si se tratare de suscripción de acciones de la sociedad dominante, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los administradores de la sociedad dominante (art. 136 TRLSC).

La adquisición **derivativa** de acciones propias o de la sociedad dominante es la que tiene lugar respecto a acciones ya suscritas. En los contados supuestos en que se permite, los derechos políticos de las mismas quedan en suspenso, los derechos económicos se atribuyen proporcionalmente a los demás accionistas y debe constituirse una reserva indisponible igual al valor de las acciones propias adquiridas. Al conjunto de acciones propias se llama "autocartera", y no puede exceder del 20% del capital suscrito (art. 146.2 TRLSC).

Los supuestos de libre adquisición (art. 144 TRLSC) son normalmente supuestos en los que no concurren los problemas apuntados (por ejemplo, acciones adquiridas a título gratuito o por consecuencia de la reducción de capital) o concurren pero con menor relevancia (acciones ya desembolsadas, acciones que forman parte de un patrimonio adquirido a título universal, etc.). El TRLSC contempla también las adquisiciones derivativas condicionadas permitiendo la adquisición cuando ésta se autorice por la junta general, y no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

4.3. Órganos sociales

Los órganos de la sociedad anónima son dos: la **junta general**, que es el órgano **deliberante y de decisión**, y los **administradores** que constituyen el **órgano de ejecución**. De la comprobación de la veracidad y correcta llevanza de las cuentas se encargan los auditores de cuentas, pero no son en sí un órgano de la sociedad. La idea básica es que la junta general decide y el órgano de administración ejecuta. Pero esta separación de funciones pocas veces se da en la gran sociedad anónima, dominada a menudo por unos pocos socios mayoritarios que controlan la actuación del órgano de administración.

4.3.1. Junta general

La junta general es la reunión de todos los socios para decidir sobre la actuación de la sociedad. El TRLSC la regula en los artículos 159 y ss.

Nota

La junta general ordinaria será válida aunque se convoque o se celebre fuera de plazo (art. 164.2 TRLSC).

Las juntas generales pueden ser ordinarias o extraordinarias, y han de ser **convocadas** por los **administradores** de la sociedad. La junta general **ordinaria** se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado (art. 164.1 TRLSC). Esta

junta se debe convocar mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos un mes antes de la fecha fijada para su celebración. El anuncio expresará la fecha y hora de la reunión en primera convocatoria y todos los asuntos que han de tratarse (art. 174.1 TRLSC). En el anuncio se puede hacer constar la fecha cuando, si procediera, se reunirá la junta en segunda convocatoria. Entre la primera y la segunda reunión deberá mediar, por lo menos, un plazo de veinticuatro horas. Si la junta general debidamente convocada no se celebrara en primera convocatoria ni se hubiere previsto en el anuncio la fecha de la segunda, deberá ésta ser anunciada, con los mismos requisitos de publicidad que la primera, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta no celebrada y con ocho de antelación a la fecha de la reunión (art. 177 TRLSC).

También pueden celebrarse en cualquier momento juntas extraordinarias (que traten asuntos diferentes a los de la junta ordinaria, art. 165 TRLSC) para decidir sin esperar a la junta general ordinaria.

La junta general extraordinaria la convocan los administradores en la fecha que estimen conveniente para los intereses sociales, pero también pueden solicitarla los socios que representen un 5% del capital social. Si no se convoca en plazo la junta ordinaria o no se cumple la petición de los socios, puede acudirse al juez de 1.ª instancia para que sea él quien convoque (arts. 168 y 169 TRLSC). De esta forma, se quiere evitar que la convocatoria quede en manos de los administradores que puedan así evitar la censura de su gestión.

Existe también la llamada **junta universal**, que se entiende convocada y válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre que esté presente o representado todo el capital social y los asistentes acepten por **unanimidad** la celebración de la junta. La junta universal puede reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero (art.178 TRLSC).

Para poder tomar una decisión en la junta, se requiere la asistencia previa de un mínimo de capital social o *quórum*. Y esas decisiones se adoptan también por capital social, no por cabezas. El régimen de *quórums* y mayorías precisos para poder celebrar la junta lo establecen los artículos 193, 194 y 201 TRLSC. El artículo 93 se aplica cuando las decisiones que se vayan a adoptar en la junta (ordinaria o extraordinaria) no supongan una modificación de los estatutos y así, el *quórum* en primera convocatoria se logra cuando los accionistas presentes o representados posean al menos el 25% del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un *quórum* superior. En segunda convocatoria será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un *quórum* determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al de aquellos que se hayan establecido o que exija la ley para la primera convocatoria. La decisión se adopta por mayoría de votos de los accionistas presentes o representados.

Asistencia telemática

Las sociedades anónimas pueden prever en los estatutos la posibilidad de asistir a la junta por medios telemáticos que garanticen debidamente la identidad del sujeto. En tal caso, en la convocatoria deben constar los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta (art. 182 TRLSC).

El artículo 194 se aplica para supuestos en los que la decisión implica una modificación de los estatutos. Así, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean al menos, el 50% del capital suscrito con derecho de voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25% de dicho capital, pero si concurren accionistas que representen menos del 50% del capital suscrito con derecho a voto, esos acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o del representado en la junta. Los estatutos sociales pueden elevar los *quórums* y mayorías previstas (art. 201 TRLSC).

Tabla 1. Art. 193

Art. 193 (acuerdos que no modifican los estatutos):	***Quórum***	**Decisión**
Aprobación de cuentas. Reparto de beneficios. Nombramiento y cese de administrador y liquidador.		
1.ª convocatoria	25% de capital suscrito con derecho a voto.	Mayoría de capital **asistente** (mitad+1).
2.ª convocatoria	No hay.	Mayoría de capital **asistente** (mitad+1).

Tabla 2. Art. 194

Art. 194 (acuerdos que modifican los estatutos):	***Quórum***	**Decisión**
Aumento o la reducción del capital. Emisión de obligaciones. Supresión o limitación del derecho de adquisición preferente. Transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo. Traslado de domicilio al extranjero.		
1.ª convocatoria	50% de capital suscrito con derecho a voto.	Mayoría de capital **asistente** (mitad+1).
2.ª convocatoria	25% de capital suscrito con derecho a voto.	Si asiste el 50% o más de capital social: mayoría de capital **asistente**. Si asiste entre el 25% y el 49% de capital social: 2/3 de capital **asistente**.

Los acuerdos de la junta general son impugnables si van contra la ley, se oponen a los estatutos, o lesionan, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad (art. 204.1 TRLSC).

Los acuerdos contrarios a la ley son nulos, y los pueden impugnar en el plazo de un año (salvo los que sean contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no prescribe) todos los accionistas, administradores o cualquier tercero con un interés legítimo. Los demás acuerdos impugnables son anulables. La acción prescribe a los cuarenta días y pueden ejercitarla los accionistas asistentes que hicieron constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los privados ilegítimamente del voto y los administradores (arts. 204 a 206 TRLSC).

El TRLSC se basa en el principio democrático de seguir la voluntad de la mayoría. Sin embargo, arbitra una serie de mecanismos que intentan que los derechos fundamentales de los socios no queden impedidos por la voluntad de los socios mayoritarios. Eso se manifiesta, principalmente, en las reglas imperativas (acerca, por ejemplo, del contenido mínimo de los derechos), pero también en ciertos supuestos concretos en que a las minorías se les facilita la participación en la voluntad y en la gestión de la sociedad.

Se puede citar, a título de ejemplo, la posibilidad de que una minoría (5% del capital) pida la convocatoria de junta general; que los miembros del consejo de administración puedan ser elegidos mediante el sistema proporcional (art. 243.1 TRLSC); la petición de auditor de cuentas (5% del capital) cuando no se precise porque la sociedad presente balance abreviado; la petición de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación (5% del capital), etc.

4.3.2. Administradores

Los administradores se eligen por la junta general (art. 214.1 TRLSC) y su designación es libremente revocable (art. 223.1 TRLSC). Salvo disposición contraria de los estatutos, no tienen que ser necesariamente accionistas (art. 212.2 TRLSC), lo que es acorde con el carácter capitalista de la sociedad anónima. Ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que deberá ser igual para todos ellos y no podrá exceder de seis años (art. 221.2 TRLSC).

Nota

El cargo de administrador es gratuito salvo que los estatutos establezcan lo contrario. (art. 217.1 TRSLC).

La retribución debe fijarse en los estatutos. Si consiste en una participación en las ganancias, debe ser con cargo a los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido. Si consiste en la entrega de acciones, o de derechos de opción sobre las mismas debe recogerse expresamente en los estatutos, y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general (arts. 218.2 y 219.1 TRLSC).

Su ámbito de representación es amplio y abarca todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Ninguna limitación a este ámbito es válida frente a terceros, aun inscrita en el Registro Mercantil (art. 234.1 TRLSC). Así se favorece a estos terceros.

La sociedad debe responder incluso de los actos que ordinariamente se entiendan comprendidos dentro del objeto social frente a tercero de buena fe que actuó sin culpa grave, aunque estuvieran excluidos por los estatutos. De esta forma, la sociedad siempre queda obligada por la actuación de los administradores en los términos dichos. Se respalda así la seguridad del tráfico en el sentido de que, al apoderar a un administrador, se crea la apariencia de que tendrá todas las facultades propias del objeto social; así, frente a tercero, esa apariencia debe ser hecha efectiva.

Ahora bien, aunque la limitación del poder no perjudica a tercero, si existe tal limitación y el administrador se extralimita, el tercero podrá exigir el cumplimiento del acto a la sociedad, pero luego ésta podrá repetir contra el administrador por haber infringido los límites del poder.

Junto al deber de diligente administración (art. 225 TRLSC), a los administradores se les imponen otros deberes: el de lealtad y el de secreto y una serie de prohibiciones: la de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador, la de aprovechar oportunidades de negocio, la de competencia y la de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a operaciones en las que tengan conflicto de intereses (arts. 226 a 232 TRLSC). En este contexto, está aprobado un "código de conducta" no obligatorio, pensado sobre todo para sociedades que cotizan, y que busca "moralizar" la actuación de los administradores de las grandes compañías, con lo que favorece además la entrada de administradores expertos ajenos a los distintos grupos de accionistas.

De acuerdo con el artículo 236 TRLSC, "los administradores de derecho o de hecho como tales, responden frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo". Esta responsabilidad es solidaria, excepto respecto a los administradores que no conocieron la actuación ilícita o hicieron lo posible por evitarla. La **acción social de responsabilidad** la regula el artículo 238 TRLSC. Tiene como finalidad que la sociedad no quede perjudicada por los actos negligentes o dolosos de los administradores. Son distintas las acciones que los socios y terceros perjudicados por esa actuación de los administradores pueden ejercitar contra éstos (la llamada **acción individual de responsabilidad** del artículo 241 TRLSC).

La estructura del órgano de administración puede consistir en un administrador único o en varios de ellos. Si los administradores son varios, su actuación puede ser de diferentes tipos:

Nota

Los administradores de la sociedad anónima pueden ser personas físicas o jurídicas (art. 212.1 TRLSC).

a) cada administrador puede gozar de plenas facultades de gestión y representación (administradores solidarios);

b) pueden actuar por unanimidad (administradores mancomunados, cuyo tope legal es de dos);

c) pueden operar mediante acuerdos (consejo de administración). Si la administración se confía conjuntamente a más de dos personas, éstos obligatoriamente deben constituir el llamado "consejo de administración", que toma las decisiones por mayoría de sus miembros presentes, siempre que a la reunión

acudan, o estén representados, la mitad más uno de los componentes (arts. 247.2 y 248.1 TRLSC). El consejo puede delegar algunas de sus funciones en "comisiones ejecutivas", o en uno o más "consejeros delegados". El consejo adopta las decisiones por mayoría, lo cual facilita la gestión social. La LSA, por ello, impide el nombramiento de más de dos administradores conjuntos (piénsese, por ejemplo, en lo poco ágil que resultaría que siete administradores tuvieran que adoptar acuerdos por unanimidad).

"Lo que en todo caso no puede delegar tal consejo es la rendición de cuentas y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al consejo, salvo que así se autorice expresamente por ella" (art. 249.2 TRLSC).

4.4. Contabilidad

Los administradores tienen la obligación de formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado (art. 253.1 TRLSC). Las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y una memoria. Estos documentos 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 (art. 254 TRLSC). Las cuentas anuales deben ser aprobadas por la junta general y depositadas en el Registro Mercantil (arts. 272 y 279 TRLSC).

El balance y la cuenta de pérdidas y ganancias deben seguir la estructura y reglas de valoración de las partidas de los artículos 35 y siguientes del Código de comercio.

Las sociedades pueden presentar un **balance abreviado**, en el que no tienen que desglosar con detalle cada una de las partidas si durante dos años consecutivos a la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las circunstancias siguientes: el total de las partidas del activo no supera los 2.850.000 euros; la cifra anual de negocios no supera los 5.700.000 euros; y el número medio de trabajadores empleados no supera los cincuenta (art. 257 TRLSC).

La verificación de las cuentas anuales corresponde a los **auditores de cuentas**. Éstos deben existir necesariamente, salvo que la sociedad pueda presentar balance abreviado. Los nombra la junta general por un periodo de tres a nueve años y no puede revocarlos antes de que finalice el periodo inicial para el que fueron nombrados, o antes de que finalice cada uno de los trabajos para los que fueron contratados una vez finalizado el periodo inicial, salvo que medie justa causa (art. 264.3 TRLSC).

En el caso de sociedades con balance abreviado, que no precisan de auditoría, los accionistas que representen un 5% del capital pueden pedir al registrador mercantil el nombramiento de auditores para un ejercicio social. De esta forma se permite la claridad en las cuentas incluso en sociedades que, por su escaso volumen, no estén obligadas a ello.

Las funciones de los auditores de cuentas son las de comprobar que las cuentas anuales ofrecen una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio (art. 268 TRLSC). Para ello realizan un informe que contiene las observaciones sobre las cuentas presentadas por los administradores.

La sociedad anónima está obligada a realizar una **reserva legal**. Esto significa que una parte de los beneficios del ejercicio (un 10% hasta alcanzar como mínimo el 20% del capital social) debe reservarse obligatoriamente, sin que se pueda disponer de ese dinero más que para compensar pérdidas si no hay otras reservas disponibles (porque las haya constituido voluntariamente la sociedad) suficientes (art. 274 TRLSC). De esa forma, la sociedad dispone siempre de una cantidad líquida de cara a asegurar mayor solvencia frente a los acreedores, pues ese dinero sólo puede ser utilizado para cubrir pérdidas. Además, la junta puede acordar también destinar otras partes del beneficio a reservas voluntarias.

El reparto de dividendos a los accionistas sólo puede hacerse con cargo al beneficio neto del ejercicio o a reservas de libre disposición, y es preciso que el valor del patrimonio no sea, ni quede con el reparto, inferior al capital social (art. 273.2 TRLSC).

De forma que sólo una sociedad solvente puede repartir beneficios, pues si no se obligara a ello, una sociedad insolvente podría perjudicar a los acreedores al repartir beneficios del año sin enjugar pérdidas de años anteriores.

4.5. Modificación de estatutos

La modificación de los estatutos implica un cambio, de más o menos transcendencia, de las normas que hasta entonces regían la sociedad, y por ello se rodea de una serie de cautelas. Cualquier modificación requiere un informe de los administradores o, en su caso, de los accionistas autores de la propuesta, justificar la modificación y que en la convocatoria de la junta se hagan constar con claridad los extremos que modificar y el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta, del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos (arts. 286 y 287 TRLSC). Además, los *quórums* de constitución requeridos son más elevados que los de los acuerdos ordinarios (rige en lo dispuesto en los arts. 194 y 201 TRLSC). El TRLSC regula una serie de supuestos especiales de modificación en los artículos 291 y ss. y en otros puntos de su articulado.

Nota

Cualquier modificación de los estatutos es competencia de la junta general (art. 285 TRLSC).

Así, requieren el consentimiento de los interesados las modificaciones que supongan nuevas obligaciones para los accionistas y la creación, la modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias. Cuando la modificación consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo no quedan sometidos a él durante un plazo de tres meses, contados desde la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Si la modificación consiste en la sustitución del objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto tendrán el **derecho de separarse** de la sociedad. Para que sea válida una modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones, será preciso que haya sido acordada por la junta general y por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada. Cuando sean varias las clases afectadas, será necesario el acuerdo separado de cada una de ellas. Por último, salvo disposición en contra de los estatutos, el cambio de domicilio social, consistente en su traslado dentro del mismo término municipal, no exigirá el acuerdo de la junta general y puede ser acordado por los administradores de la sociedad.

En cualquier caso, la modificación más importante corresponde a la del capital, ya que, como hemos señalado, es la garantía teórica de la sociedad; por eso, su cambio incide de manera especial sobre los accionistas y los propios acreedores.

4.5.1. Aumento de capital

Para aumentar el capital se pueden emitir nuevas acciones, o bien elevar el valor nominal de las ya existentes (art. 295.1 TRLSC). En cualquier caso, el número de acciones multiplicado por su valor nominal debe ser igual a la cifra de capital.

En el caso de que se emitan nuevas acciones, como ya vimos, los socios tienen preferencia para adquirirlas, y sólo las no adquiridas por ellos pueden ser adquiridas por terceros no socios. Por ello, el socio puede adquirir la acción (desembolsándola) o vender su derecho de suscripción preferente a un tercero no socio o a un socio que quiera adquirir más acciones de las que proporcionalmente le correspondan (serán éstos quienes las desembolsen). De forma que este derecho tiene, en ese sentido, un valor político y un valor económico.

El derecho de suscripción preferente se suprime cuando el aumento de capital se debe a la conversión de obligaciones en acciones, a la absorción por otra sociedad o a la asunción de un patrimonio escindido de otra. También si lo acuerda la junta general por el interés de la sociedad (art. 308.1 TRLSC; por ejemplo, porque se quiere que entre como socio un empresario importante).

El contravalor de esas acciones puede tener una triple procedencia: nuevas aportaciones, transformación de beneficios, o reservas disponibles, y compensación de créditos. En el primer caso, el aumento de capital supone un correlativo aumento del patrimonio (**aumento efectivo**). En los otros dos casos, no; por ello se habla de **aumento nominal** del capital.

En estos casos, el incremento de capital no se corresponde con un incremento real del patrimonio, pues eran cantidades que ya poseía la sociedad (porque las reservó, las ganó o las recibió prestadas), aunque en concepto contable y jurídico distinto al de aportación social. El caso más típico de incremento de capital por compensación de créditos es el que tiene lugar en el supuesto de obligaciones convertibles cuando el titular de tales obligaciones decide convertirlas en acciones.

La ley permite que la junta general delegue en los administradores la elección de las fechas en que se deba ejecutar un acuerdo de aumento ya tomado por la misma, o bien la posibilidad de que los administradores tomen tal acuerdo. (art. 297 TRLSC).

A este segundo supuesto se le llama **capital autorizado**. Está justificado porque los administradores tienen más libertad para actuar en la ocasión propicia para el aumento, mientras que la actuación de la junta siempre es mucho más lenta (convocatoria, asistencia, deliberación, etc.) y se presta menos a poder aprovechar coyunturas favorables. Como supone permitir a los administradores un cambio importante en la estructura de la sociedad, tiene una serie de límites relativos a la cuantía y al tiempo en que puede ejercerse: el plazo para el ejercicio de esta facultad delegada no podrá exceder de un año, excepto en el caso de conversión de obligaciones en acciones. Los aumentos no podrán ser superiores, en ningún caso, a la mitad del capital de la sociedad en el momento de la autorización y deberán realizarse mediante aportaciones dinerarias dentro del plazo máximo de cinco años, que se contará desde el día del acuerdo de la junta.

En el caso de que no se suscriban totalmente todas las acciones emitidas para el aumento, éste queda sin efecto, salvo que la junta donde se acordó hubiera decidido que valdría el aumento parcial hasta donde alcanzaran las suscripciones.

Y si queda sin efecto el aumento, los administradores lo publicarán en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y, dentro del mes siguiente a cuando hubiera finalizado el plazo de suscripción, restituirán a los suscriptores o consignarán a su nombre en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos las aportaciones realizadas (art. 311 TRLSC).

4.5.2. Reducción de capital

Las razones que pueden motivar una reducción del capital son básicamente dos. La primera, que la sociedad esté sobrecapitalizada, esto es, que no necesite tanto capital para el ejercicio adecuado de su actividad social. Entonces, lo lógico es que lo reduzca, para así devolver aportaciones a los socios que no son necesarias, o para constituir o incrementar con el excedente reservas voluntarias, de modo que se aseguren una mayor liquidez. La segunda, que el patrimonio sea mucho menor que el capital social; en tal caso, la apariencia de solvencia de la sociedad no se corresponde con la realidad de la misma.

"La reducción del capital puede tener por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, la constitución o el incremento de la reserva legal o de las reservas voluntarias o la devolución del valor de las aportaciones. En las sociedades anónimas, la reducción del capital puede tener también por finalidad la condonación de la obligación de realizar las aportaciones pendientes." (art. 317.1 TRLSC)

El TRLSC obliga a reducir capital cuando el patrimonio haya quedado reducido por debajo de los dos tercios de la cifra de capital y haya pasado un ejercicio social sin recuperarse la diferencia (art. 327).

La reducción puede llevarse a cabo disminuyendo el valor nominal de las acciones amortizando o agrupando el número preciso de ellas (art. 317.2 TRLSC).

Amortización

Amortizar la acción significa destruirla reduciendo el capital en proporción.

En esta materia, el aspecto más importante es el derecho de oposición de los acreedores. A ellos no les resulta indiferente la reducción, pues puede suponer que la sociedad devuelva cantidades a los socios y, por lo tanto, se empobrezca, con lo cual tiene un patrimonio menor contra el que poder actuar para satisfacer su crédito. Si los acreedores se oponen, para poder realizar la reducción, la sociedad debe garantizarles su deuda.

Nota

Agrupar significa canjear varias acciones por una nueva.

Pueden oponerse en el plazo de un mes los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción y no esté adecuadamente garantizado. (art. 334.1 TRLSC).

Este derecho de oposición no opera cuando en la reducción no existe el peligro señalado de devolución de cantidades a los socios. Así, cuando se reduce para restablecer el equilibrio entre patrimonio y capital (pues el empobrecimiento ya existe; no lo causa la reducción), cuando la reducción tiene como fin constituir o incrementar la reserva legal (pues no supone empobrecimiento; la reserva legal, además es indisponible salvo para enjugar pérdidas) y cuando se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito (art. 335 TRLSC).

4.6. Régimen especial de la sociedad cotizada

EL TRLSC ha incorporado en el título XIV la regulación de la sociedad anónima que cotiza en un mercado oficial de valores contenida hasta ahora en el título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores. El régimen de las sociedades cotizadas queda ahora contenido, por una parte, en el texto refundido, que recoge los aspectos eminentemente societarios y, por otra, en la Ley del Mercado de Valores, que contiene la regulación de la vertiente financiera de este tipo de sociedades, presidida por el principio de transparencia para asegurar el buen funcionamiento de los mercados y la protección al inversor. Las especialidades del régimen de estas sociedades son consecuencia del gran número de socios que tienen y de la importancia económica que supone su actividad, lo que requiere mayor control y mayor información a los socios y al mercado acerca de ellas. Además, los administradores tienen también deberes especiales dirigidos a asegurar su actuación imparcial.

La sociedad cotizada debe aprobar un reglamento específico para la junta general, que contemple las materias que atañen a la misma (art. 512 TRLSC). El consejo de administración también debe dictar un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del mismo (art. 516 TRLSC). Estos reglamentos se comunican a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y se inscriben en el Registro Mercantil, por lo que son objeto de la publicidad registral. Por otro lado, si un administrador solicita ser representante de los socios para ejercer su derecho de voto en la junta general, no podrá actuar como tal representante en aquellos puntos del orden del día que tengan que ver con el propio administrador (art. 514.1 TRLSC); y además, anualmente se emitirá un informe de gobierno corporativo con menciones tales como la estructura de propiedad de la sociedad (accionistas significativos, relaciones de índole familiar que existan entre ellos, participación de los miembros del con-

sejo en el capital de la sociedad, etc.), la estructura de su administración, las operaciones realizadas con sus accionistas y administradores... (art. 116 LMV). Se pretende así dar transparencia a la actuación de la sociedad y hacer públicos los hechos relevantes. A ello se une que toda sociedad cotizada debe disponer de una página web para atender el ejercicio del derecho de información del socio y para difundir información relevante (art. 528.2 TRLSC).

Por otro lado, desde 1998, las sociedades cotizadas pueden emitir **acciones rescatables**; que son aquellas que pueden ser rescatadas (esto es, destruidas o amortizadas, con la consiguiente reducción de capital) a voluntad de la sociedad, del titular de las mismas o de ambos (arts. 500 y 501 TRLSC).

Nota

Las sociedades cotizadas no pueden formular cuentas abreviadas (art. 524 TRLSC) sea cual sea el Estado miembro de la Unión Europea donde tengan admitidos sus valores en un mercado regulado.

4.7. La sociedad anónima europea domiciliada en España

La sociedad anónima europea, regulada por el Reglamento (CE) número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre del 2001, es una anónima que opera en varios países comunitarios y se rige por el reglamento comunitario mencionado y por el derecho de sociedades anónimas del país comunitario donde esté domiciliada. El TRLSC la regula en el Título XIII (arts. 455 a 494) que se complementa con la ley que regula la implicación de los trabajadores en la sociedad europea (Ley 31/2006, de 18 de octubre).

"La sociedad anónima europea (SE) que tenga su domicilio en España se regirá por lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre del 2001, por las disposiciones de este título y por la ley que regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas (art. 455 TRLSC). La sociedad anónima europea deberá fijar su domicilio en España cuando su administración central se halle dentro del territorio español" (art. 458 TRLSC). La creación de este tipo social se engloba dentro de la acción de las instituciones comunitarias dirigida a la consecución del mercado interior y a la mejora de la situación económica y social; lo que requiere, además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración de las estructuras de producción en la Unión Europea. Para ello, se considera indispensable que las empresas cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala comunitaria (Cdo 1 Reglamento (CE) núm. 2157/2001).

Capital suscrito

El capital suscrito no podrá ser inferior a 120.000 euros (art. 4.2 Reglamento (CE) núm. 2157/2001).

La mayor peculiaridad, posiblemente, la supone la regulación 3.ª (arts. 327 y ss. LSA), relativa a los "órganos sociales". De acuerdo con el reglamento comunitario, la ley permite configurar al órgano administrativo como "monista" (el modelo tradicional español) o "dualista" (diferencia la "dirección" y el "consejo de control"). En el modelo dualista la gestión y la representación de la sociedad corresponde a la dirección; mientras que el consejo de control, que se rige fundamentalmente por las reglas del Consejo de Administración del TRLSC (art. 485 TRLSC) realiza una labor de control o supervisión de la dirección y puede acordar que determinadas operaciones de la dirección se sometan a su autorización previa (art. 489 TRLSC). En este sistema dual, la convocatoria de la junta general corresponde a la dirección (art. 492.1 TRLSC).

4.8. La sociedad comanditaria por acciones

El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ha incorporado la regulación que para la sociedad comanditaria por acciones contenía el Código de Comercio en los artículos 151 a 157. En esta sociedad, el capital está dividido en acciones y se integra por las aportaciones de todos los socios, lo cual la asemeja mucho a la sociedad anónima, pero a diferencia de ésta, uno de los socios, al menos, responde personalmente de las deudas sociales como socio colectivo (art. 1.4 TRLSC). En la práctica es muy infrecuente utilizar este tipo social.

Nota

La sociedad comanditaria por acciones se rige en lo no previsto para este tipo social, por lo establecido en el propio TRLSC para las sociedades anónimas (art. 3.2 TRLSC).

Razón social

Podrá utilizarse una razón social con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno sólo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de *sociedad en comandita por acciones* o su abreviatura S. Com. por A. (art. 6.3 TRLSC). Una denominación objetiva es la que hace referencia al objeto social de la sociedad.

La peculiaridad de este tipo social radica en que a los administradores, por el mero hecho de serlo, se les trata como socios colectivos. Así, deberá figurar su nombre en los estatutos sociales; y, desde que aceptan el nombramiento hasta el momento de la publicación en el BORME de la inscripción de su cese, responden de las deudas sociales de forma personal, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente. La separación del cargo de administrador requiere la modificación de los estatutos sociales, y, si ésta tiene lugar sin justa causa, el socio tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios (art. 252.2 TRLSC). Los socios no gestores son socios comanditarios.

La presencia de los socios gestores (colectivos) supone la aplicación de normas especiales en relación con el régimen general de la sociedad anónima. Así, si bien la modificación de estatutos se lleva a cabo de acuerdo con lo establecido en la LSA, cuando ésta consista en el nombramiento de administradores, la modificación del régimen de administración, el cambio del objeto social o la continuación de la sociedad más allá del término previsto en los estatutos, el acuerdo requiere, además, el consentimiento expreso de todos los socios colectivos (art. 294 TRLSC). Y cuando el acuerdo tenga por objeto la separación de un administrador, el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación (art. 254.4 TRLSC).

En materia de causas de disolución, además de por las previstas en la LSA, la sociedad comanditaria por acciones se disolverá también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de todos los socios colectivos, salvo que, en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos, se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social (art. 363.3 TRLSC).

5. La sociedad de responsabilidad limitada

5.1. Concepto

La sociedad de responsabilidad limitada (S. R. L.) surgió como una forma híbrida entre la sociedad colectiva y la anónima. Se buscaba regular una sociedad con responsabilidad limitada a la aportación (al patrimonio social) pero con pocos socios que mantuvieran relaciones personales entre sí. Actualmente está regulada en el TRLSC.

> "En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales" (art. 1.2 TRLSC).

Esta forma social toma, de la anónima, la limitación de responsabilidad al patrimonio social, y en este sentido es capitalista; en cambio, toma de la sociedad colectiva elementos reguladores propios de relaciones personales entre pocos socios, unidos por vínculos a menudo familiares o afectivos; y en este punto es personalista. De ello resulta la diferencia fundamental entre la sociedad anónima y la limitada: el **capital de ésta se halla dividido en participaciones**, que son cuotas abstractas, y constituyen un conjunto de derechos que no se pueden incorporar a títulos-valor. La condición de socio no se "objetiva", no se incorpora a un título, porque es algo personal. La diferencia no es solamente abstracta. La participación nunca puede sujetarse a un régimen de transmisión libre, e incluso ésta puede llegar a prohibirse; mientras que la acción es, en principio, de libre transmisión. En la sociedad de responsabilidad limitada se busca mantener una comunidad personal; en la anónima eso, en principio, da igual, pues la persona de los socios es irrelevante, lo que importa es el capital.

> Esta es la visión teórica del legislador, la anónima responde a una gran sociedad con muchos socios y relaciones impersonales y la limitada, a una sociedad pequeña donde la relación personal es relevante. Lo que ocurre es que, en la práctica, es legalmente posible una sociedad anónima pequeña con comunidad personal entre los socios y una gran sociedad ilimitada. En este sentido, se ha criticado al legislador español que, en lugar de diseñar dos formas sociales con rasgos distintivos claros (una anónima gran empresa, con un capital mínimo más elevado y un régimen societario rígido, y una limitada reservada para la pequeña sociedad, con un régimen societario flexible y dispositivo), haya creado dos formas societarias polivalentes.

Considerada la limitada sociedad de capital por el TRLSC, al igual que la anónima, a continuación vamos a señalar sólo algunas de las diferencias más relevantes entre ambas sociedades.

5.2. Constitución. Régimen de las participaciones

La constitución de esta forma social requiere de un **capital social mínimo** de tres mil euros (art. 4.1 TRLSC) que debe estar **enteramente suscrito** (distribuido entre los socios) y **enteramente desembolsado** desde un principio (no existen dividendos pasivos; art. 78 TRLSC). La creación de la sociedad de responsabilidad limitada exige al igual que la anónima, otorgamiento de **escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil**; con la inscripción la sociedad adquiere la personalidad jurídica (arts. 20 y 33 TRLSC), pero, a diferencia de la anónima, cabe realizar los distintos trámites de forma telemática, no presencial.

La tramitación telemática se regula en parte por el RD 1332/2006, de 21 noviembre, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del documento único electrónico (DUE), para la constitución y puesta en marcha de sociedades de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática. Esta tramitación supone que el notario que otorga la escritura envía ésta por medios telemáticos a las distintas administraciones públicas que deben actuar –para otorgar el número de empresario, para liquidar el impuesto, para inscribirla en el Registro, etc.-; de forma que no haya que realizar estos trámites presencialmente yendo "de ventanilla en ventanilla". Así, se rellena un **único documento electrónico**, que sustituye a los más de quince papeles físicos que deben cumplimentarse en la tramitación presencial.

Igual que en la S. A., únicamente se pueden aportar bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Y existe un sistema de control de las aportaciones que difiere con respecto al de la anónima en cuanto a las aportaciones no dinerarias, dado que no se realiza un informe pericial sobre el valor del bien, sino que los socios responden solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura (art. 73.1 TRLSC).

También en la limitada, los estatutos pueden establecer prestaciones accesorias a cargo de algunos o de todos los socios. Normalmente consisten en la prestación de servicios a favor de la sociedad. Pero estas prestaciones nunca dan derecho a obtener participaciones. Las participaciones constituyen la contraprestación que reciben los socios por la aportación que realizan. Las prestaciones accesorias pueden dar lugar a una retribución que se fijará en los estatutos (art. 87 TRLSC).

Las prestaciones accesorias resultan más lógicas en la sociedad de responsabilidad limitada que en la anónima, dado que, al ser teóricamente pocos socios unidos por vínculos personales, es más fácil establecer una prestación a cargo de un socio en quien se confía.

El régimen de las participaciones es distinto al de las acciones.

"Las participaciones sociales no tienen el carácter de valores, no pueden estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta ni denominarse acciones (art. 92.2 TRLSC) y en ningún caso tendrán el carácter de valores".

En principio, todas las participaciones otorgan iguales derechos, pero en los estatutos pueden crearse clases de participaciones (art. 94.1 TRLSC). Contrariamente a lo que ocurre con las acciones de la sociedad anónima, las participaciones pueden otorgar voto plural (alteración de la proporción entre valor nominal y el voto).

Participación y voto

"Salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto" (art. 188.1 TRLSC).

La titularidad de cada participación consta en un libro de registro. En caso de transmisión, ésta debe constar en el libro de registro para que el nuevo socio pueda ejercitar sus derechos como tal frente a la sociedad (art. 104 TRLSC). El TRLSC admite la creación de participaciones sociales sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social (art. 98 TRLSC).

Respecto a la adquisición de participaciones propias o de su sociedad dominante, se considera nula de pleno derecho la adquisición originaria (art. 135 TRLSC). La adquisición derivativa se limita a determinados supuestos.

Estos supuestos son aquellos en los que las participaciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal; sean adquiridas a título gratuito; se adquieran como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de éstas; se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general o como consecuencia del ejercicio del derecho de adquisición preferente de la sociedad en el supuesto de ejecución forzosa; también cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general y se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto adquirir las participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, adquirir las participaciones en aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de éstas o adquirir las participaciones transmitidas *mortis causa* (art. 140 TRLSC). En cualquier caso, las participaciones propias adquiridas por la sociedad deben ser amortizadas o enajenadas y respetar, en este caso, el régimen legal y estatutario de transmisión en el plazo de tres años desde la fecha de la primera adquisición (art. 141.1 TRLSC). Y mientras las participaciones propias o de la sociedad dominante permanezcan en poder de la sociedad, todos los derechos correspondientes a éstas quedan suspendidos y la sociedad debe establecer una reserva en el patrimonio neto del balance, equivalente al importe de las participaciones adquiridas, computado en el activo, que debe mantenerse en tanto las participaciones no sean enajenadas (art. 142 TRLSC).

Pero lo más característico en materia de participaciones es su **régimen de transmisión**. Frente al principio de libre transmisibilidad de acciones, en la limitada rige el principio contrario: las participaciones nunca son libremente transmisibles.

El régimen de transmisión voluntaria *inter vivos* será el que establezcan los estatutos, si bien deberá sujetarse a las reglas del artículo 108 TRLSC, que declara nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*. De otra parte, establece que únicamente serán válidas las cláusulas que prohibían la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. No obstante, los estatutos pueden impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos*, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar

desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución.

Si nada disponen los estatutos, **será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos* entre socios**, así como la realizada en favor del **cónyuge**, **ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo** que la transmitente (art. 107.1 TRLSC). Por lo que respecta a la transmisión a un tercero distinto de los enunciados, el socio que se proponga transmitir su participación o participaciones debe comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión. La transmisión deberá ser aprobada por la junta general, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria. La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. Los socios concurrentes a la junta general tendrán preferencia para la adquisición. (art. 107.2 TRLSC)

> Si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos con prorrata de su participación en el capital social. Y cuando no sea posible comunicar la identidad de uno o varios socios o terceros adquirentes de la totalidad de las participaciones, la junta general podrá acordar que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la junta quiera adquirir. En cualquier caso, el socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes.

En cuanto a la **transmisión *mortis causa***, en principio, el heredero o legatario de las participaciones se hace socio. Pero los estatutos pueden establecer un derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios (art. 110 TRLSC). También se regula la **transmisión forzosa**. Así, en caso de embargo de participaciones sociales, los socios y, si así se ha previsto, la sociedad podrán subrogarse en lugar del que se las adjudica en la subasta (art. 109 TRLSC).

5.3. Órganos

Los órganos son, como en la sociedad anónima, la junta general y los administradores. La regulación básica es parecida a la de la sociedad anónima, pero existen algunas diferencias notables.

El **artículo 161 TRLSC** faculta a la junta general, salvo disposición contraria de los estatutos, para impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. Esta ingerencia de la junta en los asuntos de los administradores no libera a éstos de la responsabilidad que la ejecución de las instrucciones pueda generar.

El art. 160 TRLSC recoge para todas las sociedades de capital un listado de asuntos que son competencia de la junta: aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social; nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; modificación de los estatutos sociales; aumento y reducción del capital social; supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente; transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo y traslado de domicilio al extranjero; disolución de la sociedad; aprobación del balance final de liquidación y cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

La **junta general** se convoca por los administradores. El régimen de la convocatoria de la junta ordinaria, extraordinaria y universal es el visto para la sociedad anónima, dado que el TRLSC unifica el régimen jurídico de las sociedades capital.

La convocatoria de la junta general se realiza mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal donde esté situado el domicilio social; si bien en la SRL los **estatutos pueden establecer**, en **sustitución** de este sistema, que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en un **determinado** diario de circulación en el término municipal donde esté situado el domicilio social (se habrá de indicar el nombre), o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o donde conste en el libro de registro de socios. En caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones (art. 173.2 TRLSC).

En materia de derecho de información, los socios pueden solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante ella, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, en forma oral o escrita, de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique los intereses sociales. Esta excepción no procederá cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el 25% del capital social. (art. 196 TRLSC).

Existe, además, una norma acerca del conflicto de intereses y que impide que el socio ejerza el derecho de voto en una serie de casos en los que el acuerdo que se va a tomar le afecta especialmente (art. 190 TRLSC).

Estos casos se dan cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Sus participaciones se deducirán del capital social para computar las mayorías.

Las decisiones se adoptan sobre la base de todo el capital social; no hay *quórums* ni segundas convocatorias. El cómputo de votos se establece sobre el total del capital social. El sistema de mayorías se recoge en los arts. 198 y 199 TRLSC.

La mayoría para tomar acuerdos es mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen por lo menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en las que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco. Se excluyen del cómputo, por lo tanto, los votos nulos (no son válidos) y las abstenciones (no se emite voto). Así, debe haber más síes que noes, y esos síes representan un tercio del total de votos.

Por excepción, el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos, correspondientes a las participaciones en las que se divida el capital social, la autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario, género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley sin llegar a la unanimidad. Asimismo, los estatutos podrán exigir, además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un determinado número de socios (art. 200 TRLSC).

Tabla 3. Arts. 198 y 199 TRLSC

Art. 198 TRLSC	**Decisión**
Acuerdos ordinarios.	Mitad más uno de votos válidamente emitidos, siempre que representen un tercio del total de votos.
Art. 199 TRLSC	**Decisión**
Aumento o reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos.	Mitad más uno del total de votos.
Autorización a los administradores para hacer competencia. Supresión o limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital. Transformación, fusión, escisión, la cesión global de activo y pasivo, y el traslado del domicilio al extranjero. Exclusión de socios.	Dos tercios del total de votos.

Por lo que se refiere a la administración de la sociedad, ésta se puede confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente (no rige aquí la obligación de constituirse en consejo de administración cuando se nombran más de dos administradores de forma conjunta) o a un consejo de administración. En este último caso, los estatutos o, en su defecto, la junta general fijará el número mínimo y máximo de sus compo-

Nota

Cuando la administración se confíe a más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejerce mancomunadamente, al menos por dos de ellos, en la forma que determinen los estatutos (art. 233.2.c TRLSC).

nentes, sin que en ningún caso pueda ser inferior a tres ni superior a doce. (art. 242 TRLSC). Además, los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del mismo.

> Los estatutos podrán establecer distintos modos de organizar la administración al atribuir a la junta general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria (art. 210.3 TRLSC).

La duración del cargo difiere también respecto al régimen de la anónima, dado que, en la limitada, los administradores ejercen su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración (art. 221.1 TRLSC).

5.4. Modificación de estatutos

En la sociedad de responsabilidad limitada no se admite la modificación de estatutos por los administradores (el llamado capital autorizado). En caso de aumento de capital, existe un derecho de preferencia de los socios a adquirir las nuevas participaciones. Pero este derecho no es transmisible a cualquier tercero (sí lo es el derecho de suscripción preferente de las anónimas), sino sólo a favor de las personas que, conforme al TRLSC, en su caso, a los estatutos de la sociedad puedan adquirir libremente las participaciones sociales.

> Los estatutos podrán además reconocer la posibilidad de la transmisión a otras personas sometiéndolas al mismo sistema y condiciones previstos para la transmisión *inter vivos* de las participaciones sociales, con modificación, en su caso, de los plazos establecidos en dicho sistema (art. 306.1 TRLSC).

Por lo que respecta a la reducción de capital, la ley no arbitra un derecho de oposición de los acreedores, sino que los socios a quienes se devuelvan aportaciones responden hasta el límite de lo recibido de las deudas de la sociedad durante cinco años (art. 331 TRLSC). No habrá lugar a esta responsabilidad solidaria si al acordarse la reducción se dota una reserva por el importe recibido por los socios (art. 332.1 TRLSC).

5.5. Sociedad de responsabilidad limitada nueva empresa

El TRLSC regula la sociedad nueva empresa en el título XII (arts. 434 a 454).

Se trata de una limitada especial (art. 434 TRLSC), con un **capital mínimo de 3.012 euros y máximo de 120.202 euros**, que podía constituirse más rápidamente utilizando medios telemáticos y que disfrutaba además de un régimen de contabilidad simplificado. La inscripción puede lograrse cumpliendo una serie de requisitos a las 48 horas de otorgar la escritura. Estas facilidades, sin embargo, se ven contrapesadas con una serie de reglas especiales más restrictivas que las de la limitada ordinaria. Así, además del límite máximo de capital social:

- la denominación social debe estar formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores, seguidos de un código alfanumérico (art. 435.1 TRLSC);

- sólo pueden ser socios las personas físicas, y no pueden ser más de cinco al crear la entidad (art. 437 TRLSC);

- sólo podrán llevarse a cabo modificaciones en su denominación, su domicilio social y su capital social; este último, dentro de los límites máximo y mínimo (art. 450.1 TRLSC).

Este nuevo tipo social, variante de la limitada, ha tenido muy poco éxito en la práctica, posiblemente porque las especialidades –totalmente innecesarias- que se introducen respecto al régimen de la limitada ordinaria la hacen poco atractiva. Además, el sistema telemático de creación se ha extendido a todas las sociedades de responsabilidad limitada desde el año 2006, como ya dijimos, y el régimen simplificado de contabilidad ha sido derogado en el 2007. Las ventajas inicialmente fijadas, por lo tanto, ya no son tales.

6. Separación y exclusión de socios

El TRLSC regula en el título IX la separación y la exclusión de socios. La separación es un derecho del socio que le permite abandonar la sociedad cuando concurren determinadas circunstancias que pueden resultarle perjudiciales. La exclusión (expulsión), sin embargo, es una sanción de la sociedad al socio que ha incumplido determinadas obligaciones que le incumben.

Las causas legales de separación son:

a) Sustitución del objeto social.

b) Prórroga de la sociedad.

c) Reactivación de la sociedad.

d) Creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos.

e) Transformación de la sociedad y traslado de domicilio al extranjero en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

f) Además, en las SRL, los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.

El derecho de separación corresponde a los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto (art. 346 TRLSC). Los estatutos pueden establecer otras causas de separación (art. 347.1 TRLSC). Los acuerdos que den lugar al derecho de separación se publican en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. En las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas cuando todas las acciones sean nominativas, los administradores pueden sustituir la publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. El derecho de separación se ha de ejercitar por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación de dicho acuerdo en el BORME o desde la recepción de la comunicación (art. 348 TRLSC).

La exclusión de socios se prevé únicamente para la sociedad de responsabilidad limitada en caso de que un socio incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, o de que un socio administrador infrinja la prohibición de competencia o sea condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad por los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta ley o a los estatutos, o realizados sin la debida diligencia (art. 350 TRLSC). Y,

con el consentimiento de todos los socios, pueden incorporarse a los estatutos otras causas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figuren en ellos (art. 351 TRLSC).

Tanto la separación como la exclusión requieren la reducción del capital social en la cuantía correspondiente y el abono al socio separado o excluido del valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, calculado por acuerdo entre la sociedad y el socio, o en su defecto, por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad. Si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre (art. 353 TRLSC).

7. Sociedad unipersonal

En el ámbito de las sociedades de capital cabe la existencia de una **sociedad unipersonal**. El TRLSC la regula en los arts. 12 a 17. (arts. 125 a 129) Esta posibilidad refleja cómo el derecho de sociedades responde cada vez más a criterios puramente técnicos, de imputación de relaciones jurídicas y organización de la actividad empresarial. Se pierde con ello la idea clásica, tan personal o humana, de que la sociedad es una forma de aunar esfuerzos para el logro de un fin común.

La unipersonalidad puede ser **originaria**, esto es, un único socio crea la sociedad, y ésta responde de sus deudas frente a terceros con su propio patrimonio y no con el patrimonio entero del socio único. Pero también puede ser **sobrevenida** cuando todas las acciones o participaciones pasen a pertenecer a un único socio. En ambos casos, se hará constar esta circunstancia en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, expresando la identidad del socio único (art. 13 TRLSC). Y si transcurren seis meses sin cumplir esta obligación, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. En cualquier caso, la sociedad debe dejar constancia de su carácter unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que deba publicar por disposición legal o estatutaria (arts. 13.2 y 14 TRLSC). La situación de unipersonalidad no exime del cumplimiento de los requisitos formales de toma de acuerdos mediante junta general y documentación mediante el acta correspondiente (art. 15 TRLSC).

Nota

Se consideran propiedad del único socio las participaciones o las acciones que pertenezcan a la sociedad (art.12b TRLSC).

Los contratos que celebre el socio único con la sociedad deben constar por escrito y transcribirse en un libro de registro de la sociedad, que habrá de ser legalizado. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos. En caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa los contratos que no hayan sido transcritos al libro de registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley. Durante dos años, que se contarán desde la fecha de su celebración, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de ellos (art. 16 TRLSC).

8. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

En el derecho español, no existía, hasta la reciente Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME), una regulación sistemática y general de estos procesos societarios, sino parcial y fragmentada, que prestaba atención exclusivamente a los aspectos fiscales y de impacto competencial en el mercado. La nueva ley es una solución transitoria a la espera de la unificación en un único texto legal del derecho de las sociedades mercantiles. No obstante, es una **normativa de carácter general** que deroga las disposiciones relativas a la transformación, fusión y absorción de las leyes reguladoras de las sociedades anónimas, limitadas y de las agrupaciones de interés económico. La LME es aplicable a cualquier sociedad de naturaleza mercantil, con independencia de la forma o del tipo social, salvo que expresamente se establezca lo contrario.

La Ley 3/2009 considera como "modificaciones estructurales" las **alteraciones** de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias por afectar a la **estructura patrimonial o personal de la sociedad**. Incluye dentro de las mismas la transformación (título I), la fusión (título II), la escisión (título III) y la cesión global de activo y pasivo (título IV), si bien también se aborda el traslado internacional del domicilio social (título V), porque, tal y como señala el preámbulo, aunque no siempre presenta las características que permiten englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal. Todas las modificaciones estructurales requieren como presupuesto básico la inscripción de las sociedades implicadas.

8.1. Transformación

La transformación significa que la sociedad pasa a convertirse en una forma social distinta, bien sea de responsabilidad limitada o ilimitada. En todo caso de transformación, la personalidad jurídica de la sociedad continúa (art. 3 LME); por lo tanto, todas las relaciones jurídicas hasta entonces asumidas siguen vigentes. Lo que cambia es el régimen corporativo y de responsabilidad de la sociedad, que será el de la nueva forma surgida.

Los supuestos de posible transformación se recogen en el artículo 4 LME. Así, una sociedad mercantil inscrita puede transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil, en agrupación de interés económico o en agrupación europea de interés económico, y viceversa. Una sociedad civil puede transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil. Una sociedad anónima podrá transformarse en sociedad anónima europea, y viceversa. Una sociedad cooperativa puede transformarse en sociedad mercantil, y viceversa. Una sociedad cooperativa puede transformarse en sociedad cooperativa europea, y viceversa. De otra parte, se admite la transformación de una sociedad en liquidación siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios (art. 5 LME).

El acuerdo de transformación se adopta con los requisitos y formalidades establecidos para la sociedad que se transforma (art. 10 LME) y no puede modificar la participación social de los socios si no es con el consentimiento de todos los que permanezcan en la sociedad.

Si se trata de una sociedad con socios industriales que se transforma en un tipo social en el que no existen tales socios, la participación de éstos en el capital de la nueva sociedad será la que corresponda a la cuota de participación que les hubiera sido asignada en la escritura de constitución de la sociedad o, en su defecto, la que acuerden todos los socios; se reducirá proporcionalmente en ambos casos la participación de los demás socios (art. 12 LME).

El acuerdo de transformación se publicará una vez en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en donde la sociedad tenga su domicilio. No será necesaria cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios por medio de un procedimiento que asegure la recepción de aquél (art. 14 LME).

Se reconoce a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo el derecho a separarse de la sociedad que se transforma, conforme a lo dispuesto para las sociedades de capital.

Los socios que por efecto de la transformación deban asumir una responsabilidad personal por las deudas sociales y no hubieran votado a favor del acuerdo de transformación quedan automáticamente separados de la sociedad si no se adhieren fehacientemente a él dentro del plazo de un mes, que se contará desde la fecha de su adopción si asistieron a la junta de socios, o desde la comunicación del acuerdo cuando no hubieran asistido (art. 15 LME).

La escritura pública de transformación debe ser otorgada por la sociedad y por todos los socios que pasen a responder personalmente de las deudas sociales (art. 18 LME). La eficacia de la transformación está condicionada a la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil (art. 19 LME).

Resulta de especial interés conocer cuál será el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales en cuanto efecto de la transformación. Así, los socios que en virtud de la transformación pasen a responder personal e ilimitadamente de las deudas sociales, responderán en la misma forma de las deudas de la sociedad anteriores a la transformación. Y, salvo que los acreedores sociales hayan consentido expresamente la transformación, subsiste la responsabilidad de los socios que respondían personalmente de las deudas de la sociedad transformada por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad. Esta responsabilidad dura cinco años, que se contará desde la publicación de la transformación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 21 LME).

8.2. La fusión y sus modalidades

La LME trata la fusión en el título II (arts. 22 a 53).

La fusión es la operación en cuya virtud "dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan" (art. 22 LME).

El artículo 27 LME sujeta a lo establecido en las respectivas leyes personales la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad que la española, sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas. Además, el artículo 29 LME declara aplicables a las fusiones de sociedades mercantiles los requisitos que, en su caso, se exijan en la legislación sectorial que les afecte.

8.2.1. La fusión *stricto sensu*

La fusión se enmarca dentro de las operaciones de modificación estructural **negociadas**; es decir, requiere el acuerdo de las sociedades implicadas. Esta necesidad de unir voluntades ha motivado que en la práctica profesional se establezca un **calendario del proceso** que contiene las cuatro grandes fases del mismo –de preparación, de pendencia y oposición de acreedores, de decisión y de ejecución–, la duración previsible del mismo, así como los distintos efectos jurídicos que se van produciendo en las fechas señaladas. Por ello, la LME regula tanto el proyecto de fusión, que debe redactarse por los administradores de las sociedades implicadas (arts. 30 a 35 LME), como el balance de fusión (arts. 36 a 39 LME), el acuerdo de fusión que se adopte por las sociedades implicadas (arts. 39 a 44 LME; donde se incluye la regulación del derecho de oposición de los acreedores), la formalización de la fusión, que requiere otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (arts. 45 y 46 LME) y la impugnación de la fusión (art. 47 LME).

La fusión de sociedades comprende **dos modalidades** (art. 23 LME) con las cuales puede desarrollarse:

a) fusión por creación de una nueva sociedad,

b) fusión por absorción.

Ambas modalidades se caracterizan por la concurrencia de tres presupuestos:

a) Extinción sin liquidación de todas (fusión por creación de una nueva sociedad), alguna o al menos una (fusión por absorción) de las sociedades que intervienen en el proceso.

La necesaria extinción de al menos una sociedad caracteriza la fusión. La fusión, no obstante, excluye la liquidación, porque no habrá deudas que extinguir ni créditos que cobrar ni activo neto repartible entre los socios. La LME

permite que las sociedades en liquidación puedan participar en una fusión "siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios" (art. 28 LME).

b) Traspaso en bloque, **a título universal**, del patrimonio de la sociedad o sociedades extinguidas a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente.

Tanto en la fusión por creación de una nueva sociedad como en la fusión por absorción se realiza una transmisión patrimonial por sucesión a título universal. Esta transmisión en un solo acto agiliza enormemente la operación que, de otro modo, se habría de desarrollar por medio de un lento y costoso proceso de transmisión particular de cada uno de los elementos integrantes del patrimonio traspasado, mediante compraventas, endosos, cesiones de créditos, asunciones de deudas, etc., de los bienes, derechos y obligaciones que integran el activo y el pasivo; lo que en la práctica acabaría con las posibilidades reales de llevar a efecto una fusión. La sucesión universal se entenderá producida cuando se hayan completado los **requisitos legales** de forma de los artículos 45, que regula la escritura de fusión, y 46 LME, que supedita la eficacia de la fusión a la inscripción en el Registro Mercantil de la nueva sociedad o, en su caso, a la inscripción de la absorción.

c) Integración de los socios de la sociedad o sociedades extinguidas en la nueva sociedad o en la sociedad absorbente.

La fusión, además de integrar patrimonios, constituye una operación de integración de los socios de las sociedades implicadas. Esta integración trae su causa del traspaso patrimonial que se produce y por virtud del cual, y como contraprestación al mismo, reciben los socios de la sociedad o sociedades extinguidas acciones o participaciones de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente. Son **los socios** de las sociedades extinguidas, y no éstas, quienes **reciben la contraprestación** y quienes "se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, al recibir un número de acciones o participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades" (art. 24.1 LME).

> Los socios pueden recibir cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, "además, una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas" (art. 25.2 LME). En caso de que existan acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que se fusionan en poder de cualquiera de ellas o en poder de otras personas que actuasen en su propio nombre, pero por cuenta de esas sociedades, no pueden canjearse por acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, y, en su caso, deberán ser amortizadas o extinguidas (art. 26 LME).

En la fusión por absorción, la entrega de acciones a los socios de la sociedad o sociedades absorbidas supondrá, por regla general, una **ampliación de capital** de la absorbente. Ello es así, en líneas generales, porque puede resultar innecesario elevar el capital social si la absorbente tiene acciones propias suficientes adquiridas legalmente (arts. 275 y 276 LSA).

La **fijación del tipo de canje** de las acciones a partir del que se determinará el capital social de la nueva sociedad o la cuantía del aumento de capital de la sociedad absorbente es el elemento esencial de cualquier proceso de fusión. Para su cálculo, se ha de tomar como base el **valor real del patrimonio** (art. 25 LME).

La LME regula también las fusiones especiales al incluir la absorción de sociedad íntegramente participada y la de sociedad participada al 90%, y recoge también determinados supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas. El artículo 53 de la LME contempla como operación asimilada a la fusión aquella "mediante la que una sociedad se extingue al transmitir en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla".

Se reconoce a los acreedores de cualesquiera de las sociedades intervinientes el derecho a oponerse a la fusión si su crédito ha nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión y no ha vencido durante el mes siguiente a la publicación del proyecto de fusión y hasta que se les garanticen tales créditos. No gozan de este derecho los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados (art. 44 LME).

Por último, cabe señalar que la LME contiene un conjunto de normas aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias (arts. 54 a 67), que son "las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado que es parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española" (art. 54.1 LME).

8.2.2. La escisión-fusión

La escisión se regula en el título III de la LME (arts. 68 a 80). La escisión es también una operación de estructuración societaria de carácter **negocial**. Puede desarrollarse de tres maneras diferentes (art. 68.1 LME):

a) escisión total,
b) escisión parcial,
c) segregación.

La **escisión total** es la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, donde los socios reciben un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde (art. 69 LME).

La **escisión parcial** es el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad cada una de las cuales ha de formar una unidad económica a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, donde los socios de la sociedad que se escinde reciben un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde, y ésta reduce el capital social en la cuantía necesaria (art. 70.1 LME).

Por último, la **segregación** es el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad; cada una de las cuales ha de formar una unidad económica, en una o varias sociedades, donde la sociedad segregada recibe a cambio acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias (art. 71 LME).

La diferenciación entre escisión parcial y segregación –denominaciones hasta ahora empleadas indistintamente en la práctica jurídica para hacer referencia a la escisión parcial de la LME– se basa ahora en quien sea el receptor de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias; en el primer caso, los socios de la sociedad escindida, y en la segregación, la propia sociedad segregada (esta operación era hasta ahora conocida como aportación de rama de actividad). En ambos casos las parte o las partes traspasadas han de formar una unidad económica (arts. 70 y 71 LME).

Son presupuestos de la escisión:

a) La **extinción sin liquidación** (escisión total) **o el traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad que forman una unidad económica manteniendo la personalidad jurídica** (escisión parcial y segregación) de una sociedad.

b) La **división del patrimonio** de la sociedad escindida en dos o más partes (escisión total) o la transmisión patrimonial de una o más partes (escisión parcial y segregación).

c) La **transmisión en bloque**, **a título universal**, del patrimonio a una o varias sociedades de nueva creación y/o a una o varias sociedades beneficiarias.

d) Integración de los **socios** de la sociedad escindida (escisión total y parcial) o de la propia sociedad escindida (segregación) en las sociedades beneficiarias mediante la atribución de **acciones o participaciones** de éstas.

La escisión se desarrolla por medio de un procedimiento **similar al de la fusión**; sus normas son de **aplicación supletoria** (art. 73.1 LME). Las sociedades beneficiarias de la escisión pueden ser de un tipo mercantil diferente al de la sociedad que se escinde y únicamente puede acordarse la escisión si las acciones o las aportaciones de los socios a la sociedad que se escinde se encuentran íntegramente desembolsadas (arts. 68.2 y 68.3 LME). También resultan de aplicación, en cuanto proceda, las normas de la escisión a la operación mediante

la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, con lo que recibe a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria (art. 72 LME).

La LME recoge dos **normas especiales** para el supuesto de **escisión total** –motivadas por la extinción de la sociedad– y una norma especial para la escisión parcial. Para la primera: a) la distribución de los **elementos del activo no atribuidos** a alguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión entre todas las beneficiarias de manera **proporcional** al activo atribuido a cada una de ellas (art. 75.1 LME); b) la **responsabilidad solidaria** de todas las beneficiarias cuando los **elementos del pasivo** no se hayan atribuido a alguna sociedad beneficiaria (art. 75.2 LME). Para la **escisión parcial**: la **posibilidad de atribuir** a la beneficiaria las **deudas** para la organización o funcionamiento cuando la parte segregada se compone de una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios (art. 70.2 LME). Además, tanto en la escisión total como en la parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, siempre que no se atribuyan acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad que se escinde, es necesario el consentimiento individual de los afectados (art. 76 LME).

La LME establece la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas, y, si subsistiera, de la propia sociedad, escindida por la totalidad de la obligación, por las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas (art. 80 LME).

8.2.3. Cesión global de activo y pasivo

Dentro de la categoría de las **fusiones impropias**, se engloban los supuestos de adquisición de elementos empresariales que, aun produciendo **efectos materiales semejantes** a los de la fusión, no permiten ser calificados jurídicamente como tal por faltar alguno de los presupuestos que la caracterizan (disolución sin liquidación, traspaso patrimonial a título universal e incorporación de los socios de las sociedades extinguidas para la nueva sociedad o para la absorbente). **Dos motivos** han propiciado la aparición de estas figuras en el tráfico: la **elusión de las formalidades legales** que imperativamente se han de seguir en todo proceso de fusión y la **reducción de impuestos** que ésta conlleva. Son operaciones más rápidas, sencillas y económicas que la fusión, pero también pueden resultar más **arriesgadas** cuando se busca eludir la protección de los intereses de los accionistas o de los acreedores. En estos casos, pueden ser calificadas como fraudulentas.

La cesión global de activo y pasivo por parte de una sociedad supone la **transmisión en bloque** de todo su patrimonio a un tercero –persona física o jurídica– a cambio de una contraprestación generalmente en dinero (si bien puede consistir en bienes, derechos, acciones o participaciones del adquirente). Esta figura es fácilmente distinguible de la fusión *stricto sensu* cuando, a cambio de la transmisión en bloque se recibe dinero, bienes o derechos; pero puede resultar **difícil** hacer tal diferenciación **cuando** la contraprestación consiste

en la entrega de **acciones o participaciones** de la sociedad adquirente a la transmitente, luego ésta **se disuelve** y, en concepto de cuota de liquidación, entrega **a sus socios las acciones o participaciones** recibidas por la cesión. No obstante, se ha de tener en cuenta que, en este segundo supuesto, **no se habrá seguido el procedimiento** propio de la fusión y, además, **la adquisición** de las acciones o participaciones de la sociedad por parte de los socios de la sociedad transmitente **traerá causa** (derivará) **de ésta y no de la adquirente**, como ocurre en la fusión *stricto sensu*.

La cesión global del activo y del pasivo como modificación estructural se regula en el título IV de la LME (arts. 81 a 91). Se requiere el proyecto de cesión global, el informe de los administradores, el acuerdo de cesión global –incluida la regulación del derecho de oposición de los acreedores– y la formalización de la cesión global, que requiere otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. A la impugnación de la cesión global se aplica lo dispuesto para la impugnación de la fusión.

La LME permite la transmisión en bloque de todo el patrimonio de una sociedad inscrita por sucesión a uno o a varios socios o terceros siempre que la contraprestación que se reciba no consista en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. Si la contraprestación se recibe total y directamente por los socios, la sociedad cedente quedará extinguida. En todo caso, esta contraprestación debe respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación (art. 81 LME).

Las sociedades en liquidación pueden ceder globalmente su activo y pasivo siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios (art. 83 LME). Y el supuesto de cesión global a dos o más cesionarios (cesión global plural) se sujeta a la exigencia de que cada parte del patrimonio que se ceda constituya una unidad económica (art. 82 LME). La UME también establece la necesidad de hacer constar la cesión global en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios, y supedita su eficacia a la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente. Si ésta se extingue como consecuencia de la cesión, se cancelarán sus asientos registrales (art. 89 LME).

8.2.4. Traslado internacional del domicilio social

Con el propósito de facilitar la movilidad societaria, se regula por vez primera en el derecho español el traslado del domicilio de sociedades mercantiles españolas al extranjero y el traslado a territorio español del domicilio de sociedades constituidas conforme a la ley de otros Estados. La Ley 3/2009 prevé en sus artículos 92 y siguientes el régimen del traslado internacional del domicilio social y extiende su aplicación a dos supuestos: el traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española inscrita y el de una sociedad extranjera al territorio español. El régimen aplicable será el establecido en

los tratados o convenios internacionales vigentes en España y el dispuesto en la propia ley, sin perjuicio de lo establecido para la sociedad anónima europea (art. 92 LME).

Una sociedad española **inscrita** puede trasladar su domicilio al extranjero siempre y cuando el territorio de destino permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. No pueden trasladarse las sociedades españolas inscritas que se encuentren en situación de liquidación o de concurso de acreedores (art. 93 LME). El traslado de domicilio, al regularse como modificación estructural, requiere la elaboración del proyecto de traslado por los administradores, junto con un informe de éstos que explique y justifique detalladamente el proyecto de traslado. También es precisa la aprobación del acuerdo de traslado de domicilio al extranjero por la junta de socios, con los requisitos y formalidades propios del régimen de la sociedad que se traslada (art. 97 LME).

Los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado de domicilio al extranjero podrán separarse de la sociedad, conforme al régimen previsto para las sociedades de capital. Asimismo, se reconoce a los acreedores cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero el derecho de oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión (art. 44 LME). El traslado del domicilio social, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, surtirán efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el registro del nuevo domicilio (art. 102 LME).

9. Disolución y liquidación de las sociedades de capital

La disolución de las sociedades de capital debe realizarse con base en una de las causas que establecen los artículos 360 a 364 TRLSC.

Las sociedades de capital pueden disolverse de pleno derecho o debido a la existencia de causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general o por resolución judicial.

La disolución de pleno derecho opera:

1) Por el transcurso del término de duración fijado en los estatutos, a no ser que con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil.

2) Por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal.

3) Por la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores.

Las causas legales de disolución son:

1) La conclusión de la empresa que constituya su objeto.

2) La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

3) La paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

4) Pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

5) La reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

6) Cuando el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.

7) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

8) La SRL se disolverá, además, por la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos.

9) La sociedad comanditaria por acciones se disolverá también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.

De estas causas, las de pleno derecho opera, de forma automática, en cuanto que no es preciso acuerdo alguno de la junta general. Las demás sí precisan tal acuerdo; con lo que, de no tomarlo efectivamente la junta general (por falta de convocatoria, por no lograrse el acuerdo o por ser éste contrario), cualquier interesado puede solicitar la disolución judicial de la sociedad (art. 366.1 TRLSC). En tales casos no tiene sentido la continuación de la sociedad, y por eso debe disolverse, aunque la voluntad mayoritaria no lo quiera.

Nota

El acuerdo de disolución de la junta se adoptará con las mayorías ordinarias (art. 364 TRLSC).

Una norma de gran importancia práctica es la recogida en el art. 367.1 TRLSC, conforme a la que si los administradores, existiendo causa de disolución, no procuran ésta (convocando la junta, solicitando la disolución judicial si la junta no acuerda disolver, etc.) o, existiendo insolvencia, no piden la declaración de concurso, responderán solidariamente de las deudas sociales. En numerosos casos se ha apoyado la jurisprudencia en esta norma para hacer responder a los administradores por dejar que la sociedad "desaparezca de hecho" sin realizar las operaciones de liquidación.

Una vez que opera una causa de disolución, la sociedad entra en liquidación. En esta etapa, no pueden celebrarse nuevos contratos ni se pueden contraer obligaciones, pues la sociedad debe extinguirse. Por esta razón, cesa la representación de los administradores. Las operaciones pendientes y las nuevas necesarias para la liquidación deben ser realizadas por los liquidadores. En la anónima, éstos son elegidos por la junta si los estatutos no dicen otra cosa; en la limitada, serán liquidadores los propios administradores, salvo que los estatutos prevean otra cosa o la junta general designe otros distintos (art. 376 TRLSC).

La función de los liquidadores es, básicamente, la propia de toda liquidación: realización de las operaciones pendientes, enajenación de los bienes sociales, percepción de créditos y dividendos pasivos y satisfacción de las deudas sociales. Terminada la liquidación, elaborarán un balance final y determinarán la cuota del activo que corresponde a cada socio. Ese balance, así como la propuesta de división, deberá ser aprobado por la junta general (art. 390.1 TRLSC).

En la sociedad anónima, los accionistas que representen la vigésima parte del capital podrán solicitar del juez de lo mercantil el nombramiento de un "interventor" que fiscalice las operaciones de la liquidación (art. 381.1 TRLSC).

Los liquidadores otorgarán escritura pública de extinción de la sociedad (art. 395 TRLSC) y ésta se inscribirá en el Registro Mercantil, cancelándose así los asientos relativos a la sociedad (art. 396 TRLSC).

El TRLSC prevé que, una vez cancelada la sociedad, sobrevengan activos o pasivos. Si se trata de activos, se repartirán entre los socios; si se trata de pasivos, los socios responderán (art.s 398 y 399 TRLSC) hasta el límite de lo recibido como cuota de liquidación.

10. Sociedades anónimas o limitadas especiales

10.1. Sociedades laborales

Las sociedades laborales, reguladas por una Ley de 24 de marzo de 1997 (LSL), son sociedades anónimas o limitadas donde más del 50% del capital social está en manos de trabajadores por tiempo indefinido y a jornada completa, y el número de horas al año trabajadas por los trabajadores por tiempo indefinido que no sean socios no excede del 15% en relación con el total de las trabajadas por los socios trabajadores (art. 1 LSL). Estas sociedades tienen un trato fiscal ventajoso, establecido en los artículos 19 y 20 LSL.

La LSL otorga a las anónimas o limitadas la posibilidad de convertirse en laborales si reúnen los requisitos del artículo 1. Es una posibilidad, no una obligación; no se convierten automáticamente en sociedades laborales, sino que pueden hacerlo si lo desean (conversión que no se considera como transformación social). Y normalmente lo desearán, dadas las ventajas fiscales. Con la LSL se busca potenciar la participación de los trabajadores en la propia empresa, la no separación capital-trabajo, que tantos problemas ocasiona. Además, en una época de grandes crisis empresariales, se intentó impedir los cierres de empresas y el paro de sus trabajadores favoreciendo que éstos asumieran la condición de socios con la obtención de beneficios fiscales. De esta forma, el trabajador se convierte, además, en socio, en empresario, en director de su propio trabajo.

Existen algunas notas características de este tipo social. Así, las acciones o participaciones son de **dos clases**: **laboral y ordinaria**, según su titular sea trabajador o simple inversor (art. 6.1 LSL); ningún socio puede tener más de un 33,33% del capital (art. 5.3 LSL; excepto las entidades públicas, que pueden tener hasta un 49%). Debe constituirse un fondo de reserva obligatorio (además de las reservas legales propias de toda sociedad anónima) que no puede repartirse excepto en caso de liquidación y que se dota con el 10% de los beneficios líquidos de cada ejercicio (art. 14 LSL). Pero quizás la característica diferencial más llamativa sea el régimen de tanteo legal en la transmisión de acciones, establecido en los artículos 7 a 10 de la LSL.

El socio trabajador que quiera transmitir sus acciones a un no trabajador a tiempo completo debe comunicarlo a los administradores, quienes lo comunicarán, a su vez, a los demás socios. Tendrán preferencia para esa adquisición, en primer lugar, los trabajadores indefinidos no socios; si no hacen uso de la misma, en segundo lugar, los trabajadores socios; si tampoco hacen uso, en tercer lugar, los socios no trabajadores; en el mismo caso, en cuarto lugar, pueden adquirirlas los trabajadores no indefinidos; en quinto lugar, si no han adquirido los anteriores, la sociedad; y, por último, si no las han adquirido ninguno de ellos (o en la parte no adquirida), se podrán transmitir a ese tercero no trabajador a tiempo completo con quien concertó la transmisión el socio trabajador.

10.2. Sociedades de inversión mobiliaria y gestoras de fondos de inversión

La anónima es, en principio, un tipo social pensado para inversores financieros, personas a quienes poco interesa el objeto social de la sociedad y mucho la rentabilidad que las acciones pueden ofrecerle. La limitada, en cambio, es un tipo pensado para inversores industriales, personas a quienes sí interesa el objeto de la sociedad y que buscan, de alguna manera, intervenir en el desarrollo de la actividad que lo constituye. La anónima se ha convertido en prototipo de gran empresa en España y la limitada en prototipo de la pequeña y mediana empresa.

El ordenamiento mercantil contempla diferentes tipos de sociedades actuantes en el mercado a las que regula como **anónimas con especialidades**. Así ocurre, por ejemplo, con las sociedades de seguros o con los bancos, que son sociedades anónimas a las que se impone alguna limitación en cuanto a capital mínimo, reservas obligatorias amplias, control de la gestión, etc. Vamos a realizar una breve referencia a dos de esos tipos especiales: las sociedades de inversión mobiliaria y las gestoras de fondos de inversión.

Están reguladas por la Ley de Régimen de las Instituciones de Inversión Colectiva de 4 de noviembre del 2003. Las instituciones de inversión colectiva (IIC) son las que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos (art. 1.1 LIIC). Las instituciones de inversión colectiva deben adoptar necesariamente la forma de sociedades de inversión o fondos de inversión (art. 1. 2 LIIC).

Las sociedades de inversión son sociedades anónimas son las que tienen por objeto social el señalado en el artículo 1 LIIC, esto es, aquellas cuya actividad social consiste en invertir el patrimonio social en activos financieros o monetarios para obtener como ganancia los beneficios que tales activos produzcan. En estas sociedades son los propios socios-inversores quienes deciden las condiciones de la inversión.

Los fondos de inversión, en cambio, son masas patrimoniales formadas por aportaciones de inversores que no quieren (normalmente, porque no saben) participar en la decisión de cómo, dónde y cuándo invertir. Por ello encomiendan la toma de tales decisiones y la actuación, gestión y disposición del patrimonio a otras entidades (las sociedades gestoras de carteras, que deben ser sociedades anónimas) que sí conocen el mercado financiero y saben cómo sacar rendimiento al fondo común. Cada una de las partes alícuotas en las que se divide el patrimonio de un fondo son las participaciones, que no tienen valor nominal pero sí la condición de valores negociables (art. 7.1 LIIC).

En los fondos de inversión el inversor no decide; la titularidad de los bienes aportados corresponde a los partícipes y la gestión e incluso la disposición de los mismos corresponden a la sociedad gestora. Ésta no se convierte en propietaria del fondo; sin embargo, tiene la facultad típica del propietario, que es la de disposición o venta del bien.

11. Otras formas societarias

11.1. Sociedades de carácter mutualista

Dentro de la denominación genérica de "sociedades de carácter mutualista", la doctrina designa a unas formas sociales cuya finalidad principal no es la obtención de un lucro ilimitado para repartir entre los socios, sino la cobertura recíproca entre dichos socios de necesidades comunes. Se trata de establecer sistemas de ayuda en una necesidad común. Por ello, si se obtienen beneficios, normalmente no se reparten; y si así se hace, se entiende más como una devolución de la aportación, que como el reparto de un beneficio obtenido. Para estos tipos sociales, el ordenamiento prevé que tengan un capital variable, siempre dentro de unos límites prefijados. Ello significa que la variación del capital (por la entrada o salida de nuevos socios, por ejemplo) no precisa, si está dentro de los límites establecidos, de una modificación de los estatutos.

11.1.1. Cooperativas

Las cooperativas se constituyen por personas unidas por necesidades socioeconómicas comunes que buscan la satisfacción de tales necesidades mediante la realización de una actividad en común. Están reguladas por la Ley de Cooperativas de 16 de julio del 1999 (LCoop), si bien en todas las comunidades autónomas que han usado de su competencia en esta materia hay también leyes de cooperativas que serán aplicables a las cooperativas constituidas en su territorio (por ejemplo la **Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas** rige para las cooperativas que llevan a cabo su actividad principalmente en Cataluña).

La sociedad cooperativa se constituye mediante escritura pública, que debe ser inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas. Con la inscripción adquirirá personalidad jurídica (art. 7 LCoop). Pueden revestir la forma de cooperativa de primero y segundo grado (art. 1.4 LCoop). Y salvo en los supuestos previstos por la LCoop, las cooperativas de primer grado deberán estar integradas, al menos, por tres socios, y las de segundo grado deberán estar constituidas por, al menos, dos cooperativas (art. 8 LCoop).

La actividad común variará conforme al tipo de necesidad de que se trate.

La LCoop, en el artículo 6, establece las de trabajo asociado, las de consumidores y usuarios, de viviendas, agrarias, de explotaciones comunitarias de la tierra, de servicios, del mar, de transportistas, de seguros, sanitarias, de enseñanza y de crédito. En las cooperativas de consumo, por ejemplo, serán los propios cooperativistas quienes adquieran los productos del fabricante o del distribuidor mayorista para venderlos entre ellos, con lo que se evitará así la intervención de intermediarios que encarezcan su precio. En las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, los cooperativistas aportan sus tierras para explotarlas entre todos.

Es característico de la cooperativa la **libre baja y adhesión de sus socios** (art. 1.1 LCoop). Todas las personas que cumplan los requisitos fijados en los estatutos (que son la pertenencia a la comunidad de necesidades socioeconómicas que pretenda satisfacer la cooperativa) pueden pedir la adhesión; también pueden dejar la sociedad en cualquier momento (si bien, cabe pactar un plazo durante el cual no se pedirá la baja, salvo justa causa justificada).

Para potenciar la entrada de capital en la cooperativa, la ley permite que junto a los socios cooperativistas, que se benefician fundamentalmente de la ayuda común a sus necesidades, formen parte de la misma los llamados socios colaboradores (art. 14 LCoop), que son personas que sólo aportan capital (nunca más del 45% del mismo) y que no participan en las actividades cooperativas ni pueden beneficiarse de ellas. También cabe en la mayoría de las cooperativas la existencia de los llamados socios de trabajo, quienes no aportan capital sino trabajo a la cooperativa, pero que, al igual que los socios cooperativistas, participan en la actividad común y se benefician de ésta (art. 13.4 LCoop).

La ley permite que los socios pacten que sus aportaciones den derecho a un interés anual, que no puede ser superior en más de seis puntos al interés legal del dinero. En caso de que existan excedentes, se pueden repartir entre los socios, pero ese reparto, denominado "**retorno cooperativo**", no puede llevarse a cabo en proporción al capital aportado, sino en proporción a la actividad realizada por cada socio (art. 58.4 LCoop). No supone un reparto del beneficio, sino una devolución al socio de lo que se le ha cobrado de más en el uso de los servicios de la cooperativa. Esta regla es la que más manifiesta el carácter mutualista de la cooperativa y el alejamiento de una sociedad con ánimo de lucro.

Esta finalidad principal de ayuda a las necesidades comunes se manifiesta igualmente en que, de los excedentes netos, un 20% debe destinarse obligatoriamente al Fondo de Reserva Obligatorio, y un 5% al Fondo de Educación y Promoción (art. 58.1 LCoop), y que, en caso de disolución de la sociedad, el excedente resultante (tras devolver, por supuesto, las aportaciones a los socios) no se reparte entre los socios, sino que se pone a disposición de una sociedad cooperativa o de una entidad federativa que conste en los estatutos (art. 75.2.d LCoop). Así, se manifiesta también que los cooperativistas no buscan el lucro particular fundamentalmente.

Cabe señalar, por último, que los órganos de la sociedad cooperativa son tres: la **asamblea general** (órgano de deliberación y adopción de acuerdos integrado por los socios, art. 20 LCoop), el **consejo rector** órgano de gestión y representación de la cooperativa (art. 32.1 LCoop) y la **intervención**. Este último es un órgano necesario en toda cooperativa y se dedica a la censura de cuentas (art. 38.1 LCoop). Los estatutos también pueden crear un órgano denominado "comité de recursos", que resuelve las impugnaciones de los acuerdos del consejo rector (art. 19 párrafo 2.° LCoop).

11.1.2. Sociedades de garantía recíproca

Las sociedades de garantía recíproca están reguladas por la Ley de 11 de marzo de 1994 (LSGR). Son sociedades cuya finalidad es intervenir como fiadoras en los créditos y préstamos concedidos a sus socios partícipes. Se trata de un objeto social exclusivo: sólo pueden dedicarse a otorgar garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a sus socios y a prestarles asesoramiento financiero (art. 2 LSGR). De este modo, estos socios tienen más fácil acceso al crédito, pues las garantías personales que generalmente se exigen para la concesión de los mismos se otorgan por la propia sociedad; la cual, además, por ser solvente, gozará de la confianza de la entidad que conceda el crédito o préstamo.

Estas sociedades deben tener un capital mínimo de 300 millones de pesetas (1.803.037 euros)(art. 8.1 LSGR) y al menos 150 socios fundadores (art. 16 LSGR). El capital es variable, de forma que en los estatutos se fijará un capital mínimo (no inferior a esos 1.803.037 euros), y la entrada de nuevos socios podrá aumentar el capital hasta el triple de ese mínimo, sin necesidad de acuerdo alguno modificativo de los estatutos (art. 7.1 LSGR). Puede haber dos tipos de socios: los partícipes y los protectores (art. 6 LSGR). Los socios partícipes deben ser pequeños o medianos empresarios pertenecientes al sector profesional y al ámbito geográfico que en los estatutos se determine y son quienes pueden pedir el aval de la sociedad. Los socios protectores, en cambio, son socios altruistas que aportan dinero para una mayor solvencia de la sociedad.

Los socios protectores no buscan el lucro, sino ayudar al ramo profesional de que se trate; suelen ser entidades públicas (gobiernos autonómicos) o con una finalidad social (cajas de ahorros). Aunque los beneficios de la sociedad se reparten entre los socios, parece claro que no es ésta la finalidad de la participación de los protectores, ya que, al no buscar la sociedad un lucro ilimitado, los beneficios serán más bien escasos. Es más, los beneficios sólo son repartibles si el activo de la sociedad, una vez deducido el pasivo, es igual o superior al capital social. Además, un 50% de los beneficios debe destinarse a una reserva hasta que ésta alcance un valor igual al doble de la cifra mínima del capital social (arts. 52 y 53 LSGR).

11.1.3. Sociedades mutuas de seguros

Estas sociedades están reguladas por el **Real decreto legislativo de 29 de octubre del 2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados**. En ellas, los socios, llamados mutualistas y agrupados normalmente por razón de su profesión o de su pertenencia a una empresa determinada, actúan como aseguradores de sí mismos. Los eventos dañosos contemplados en los estatutos serán indemnizados por la mutualidad en las cuantías previstas. De esta forma, los mutualistas esperan lograr el cumplimiento de la misma función que las compañías aseguradoras, pero a un coste menor.

A menudo, la pertenencia a una determinada rama profesional conlleva la adscripción necesaria a una mutualidad obligatoria, que cumple de esta forma las funciones de aseguramiento (mutualidad de funcionarios, de abogados, etc.).

11.2. Agrupaciones de interés económico

Esta forma social se regula por la Ley de Agrupaciones de Interés Económico de 29 de abril de 1991 (LAIE). Es una sociedad que cumple una función auxiliar para el desarrollo de la actividad económica de los socios (art. 3.1 LAIE), pero sin que la sociedad participe ni incida en esa actividad económica que cada socio continúa desarrollando por su cuenta. Además, la agrupación no puede poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus socios o de terceros (art. 3.2 LAIE). En lo no recogido por la ley de 1991, se aplican las normas de las sociedades colectivas. Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad, responderán los socios personal, ilimitada, subsidiaria y solidariamente de las deudas de la sociedad (art. 5 LAIE).

El supuesto típico de agrupación de interés económico es la que constituyen varios profesionales liberales (arquitecto, abogado, economista, médico, etc.) que quieren soportar en común los gastos de las funciones auxiliares (alquiler del local, auxiliar administrativo, material informático, etc.), pero continuando cada uno de forma independiente su actividad.

11.3. Sociedades profesionales

La introducción en nuestro derecho de la figura de la "sociedad profesional" se ha producido por la Ley 2/2007, de 15 de marzo (LSP). La sociedad profesional tiene por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional; se entiende por tal la que exige una titulación universitaria oficial o titulación profesional, para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente colegio profesional (art. 1.1 LSP). Quiere ello decir que la propia sociedad actúa, por ejemplo, como abogado, auditor, economista o médico y cobra por tales servicios y tributa. La mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, deben pertenecer a socios profesionales (art. 4.2 LSP). También han de ser socios profesionales, como mínimo, la mitad más uno de los miembros de los órganos de administración (art. 4.3 LSP). Sólo pueden dedicarse a prestar una actividad profesional (art. 2 LSP). Una característica importante es que la sociedad profesional puede revestir cualquier forma prevista en las leyes: sociedad civil, colectiva, anónima, limitada, cooperativa, etc., y que los socios han de responder de las deudas sociales según la forma adoptada (arts. 1, 2 y 3 LSP).

Entre las normas más relevantes cabe destacar las siguientes:

- La participación en beneficios se pactará libremente (puede establecerse, por ejemplo, que los fundadores siempre cobrarán un plus, o que el socio que más clientes aporte cobre más, o el que logre más "éxitos", etc.), y a falta de pacto será en proporción a la participación en el capital (art. 10 LSP).

- De las deudas derivadas de actos profesionales (parece que se refiere, por ejemplo, a un acto de negligencia que cause daño al cliente o a terceros), responderán solidariamente la sociedad y el profesional concreto que realizó el acto (art. 11.2 LSP).

- La condición de socio profesional es intransmisible, salvo que los socios profesionales lo consientan; por unanimidad o por mayoría si los estatutos así lo establecen (art. 12 LSP).

- Por último, se puede excluir al socio profesional por el incumplimiento de sus obligaciones o por ser inhabilitado para ejercer la profesión (art. 13 LSP).

11.4. Entidades de capital riesgo

La Ley de 24 de noviembre del 2005 regula las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras. Las entidades de capital-riesgo son las sociedades y los fondos, y su objeto social es la inversión temporal en el capital de sociedades no financieras que no coticen, con la idea de impulsarlas en su momento inicial y, cuando hayan logrado asentar su actividad económica, liquidar la inversión vendiendo las acciones o participaciones (por eso la inversión es temporal; art. 2). Se trata de entidades creadas para impulsar a sociedades que actúan en mercados poco conocidos o asentados o de alto riesgo, inyectando un capital inicial que ayude a su despegue. A menudo, son entidades participadas por el poder público, que busca así ayudar a empresas locales.

12. Los grupos de sociedades

Dentro del fenómeno de la unión de sociedades, se distingue entre unión horizontal y unión vertical. En la **unión horizontal** (también llamada unión bajo el principio de cooperación), las sociedades actúan en un plano de igualdad y coordinan su actividad mediante un acuerdo libremente aceptado. El caso típico de esta unión es el de las llamadas **uniones temporales de empresas** (UTE), que surgen de los contratos de colaboración de carácter temporal entre empresarios para el desarrollo o ejecución de una obra o servicio concreto. Las UTE están reguladas por la Ley de 26 de mayo de 1982. La UTE no tiene personalidad jurídica; no nace un ente jurídico completamente diferenciado de las empresas que se unen. Los miembros de la UTE responden frente a los terceros solidaria e ilimitadamente de los actos y operaciones realizados en beneficio común (art. 7.°).

En la **unión vertical** (también conocida como unión bajo el principio de concentración), se articula una estructura de poder donde existe una sociedad que domina a las demás e impone unas directrices comunes en la actividad. Se distingue así entre **sociedad madre** o dominante y **sociedades filiales**. Esta unión vertical se suele lograr mediante la participación de la sociedad madre en el capital de las filiales. Pero lo que importa no es el hecho de la participación en el capital, sino que exista de hecho una unidad económica, que todas las sociedades actúen bajo la dirección de la madre.

El artículo 42 CdeC, modificado por la Ley 16/2007, establece un concepto de grupo de sociedades a efectos de establecer la obligación de consolidación contable. Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar directa o indirectamente el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad (que se calificará como dependiente) en alguna de las siguientes situaciones: a) que posea la mayoría de los derechos de voto; b) que tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) que pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) que haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Como se observa, lo importante es que exista un control de hecho de la voluntad de la sociedad dominada o filial. Por su parte el TRLSC establece en el art. 18 que, a los efectos del mismo, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concursa alguno de los casos del art. 42 CdeC y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

En estos grupos de sociedades, bajo la vestidura jurídica de varias sociedades distintas (personas jurídicas independientes), lo que en realidad existe es una única realidad empresarial. Esto, aunque no suponga un fraude de por sí, puede dar lugar a situaciones peligrosas y fraudulentas. En particular, la existencia del grupo puede perjudicar los intereses de:

a) los socios externos, esto es, los socios minoritarios de cada sociedad si ésta desarrolla la actividad económica que interesa al grupo, no a la propia sociedad;

b) los acreedores de la sociedad filial si ésta se endeuda en exceso siguiendo una política del grupo;

c) los trabajadores de cada una de las sociedades.

En los grupos de sociedades, el problema que se plantea es, por lo tanto, que cada sociedad, en el desarrollo de su actividad, no busca su beneficio exclusivo, sino que irá enmarcada dentro de la finalidad de todo el grupo. Eso puede significar, incluso, que una sociedad se arriesgue demasiado en interés del grupo, de forma que, si aquélla pierde dinero, perjudica poco al grupo (éste pierde poco y pudo obtener mucho), pero perjudica mucho a los socios minoritarios, que pueden ver cómo se esfuman los beneficios y el valor de sus acciones, participaciones o partes sociales; a los acreedores, que pueden sufrir las consecuencias de la disminución patrimonial de la sociedad, y a los propios trabajadores, que pueden ver peligrar sus puestos de trabajo.

De ahí que exista una tendencia legal y jurisprudencial a tratar a ese grupo, a esa unidad económica, como una unidad jurídica. Por ejemplo, se obliga a todas las sociedades del grupo a presentar una contabilidad unitaria que sea la suma de todos los activos y pasivos de todas las sociedades (las llamadas "cuentas anuales consolidadas"); igualmente, a efectos de tributación, se les aplican reglas especiales. La concentración de empresas –como vimos en el módulo 1– se controla por la normativa que regula la libre competencia; y en más de una ocasión, la jurisprudencia ha hecho responder a la sociedad madre de deudas asumidas por la filial, aunque esta regla no esté consagrada legalmente.

La jurisprudencia aplica la doctrina llamada "levantamiento del velo de la persona jurídica". Se "levanta el velo", se mira lo que hay por debajo de esa sociedad filial, persona jurídica independiente. Si resulta que, en la práctica, lo que existe es una sociedad dominada por la madre, una sociedad completamente dependiente, se hace responder a la que en realidad ha ordenado el endeudamiento. Esta doctrina del "levantamiento del velo" debe ser utilizada con mucha prudencia. Al fin y al cabo supone quebrar la regla de la independencia de las personas jurídicas, y por esto sólo debe utilizarse en casos excepcionales en los que se aprecie un fraude real que no se pueda evitar de otra manera.

Resumen

Cuando varias personas tienen una serie de intereses y necesidades económicas comunes, lo más lógico es que acuerden satisfacer tales intereses y necesidades mediante una actividad común y coordinada. Al contrato por el cual varios sujetos se comprometen a desarrollar conjuntamente una actividad común se denomina contrato de sociedad.

La dualidad de nuestros códigos –civil y de comercio– hace que también regulen por separado un contrato de **sociedad civil** y otro de **sociedad mercantil**. Sin embargo, la inmensa mayoría de las sociedades que actúan en el tráfico privado adoptan formas especiales reguladas en leyes ajenas a los códigos, por lo que la vieja discusión acerca de cuándo una sociedad es civil o mercantil no alcanza gran relevancia práctica.

En materia de sociedades, se suele hacer una distinción fundamental en torno a la responsabilidad que asumen los socios. Por un lado, están aquellas en las que la **responsabilidad de los socios es limitada**: se restringe a la aportación que se tiene que hacer a la sociedad. Dentro de esta categoría, entran las sociedades mercantiles S. A., S. R. L., S. L. N. E. y sociedades de garantía recíproca. Por otro lado, se distinguen las sociedades en las que la **responsabilidad de los socios es ilimitada**, es decir, va más allá de la aportación que se obligan a hacer a la sociedad; de tal manera que, cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para pagar a los acreedores, éstos podrán proceder contra el patrimonio de los socios que responden ante ellos de manera solidaria. En esta categoría entran las sociedades civiles y dos sociedades reguladas por el Código de comercio: la colectiva y la comanditaria.

Dentro de las sociedades consideradas tradicionalmente mercantiles, por estar reguladas en el Código de comercio o en leyes mercantiles especiales, se distingue también entre **sociedades personalistas** y **sociedades capitalistas**. Dentro de las primeras, se incluyen sociedades con la característica común de prestar una especial atención a las condiciones personales de los socios; así ocurre con la sociedad colectiva, la sociedad comanditaria y la agrupación de interés económico, enumeración que se completa con las cuentas en participación, dado que, a pesar del carácter interno que tienen (no se manifiesta frente a terceros), su régimen presupone la relación *intuitus personae*.

Los elementos que caracterizan las sociedades capitalistas son radicalmente opuestos a los de las personalistas. En este grupo se incluyen aquellas sociedades que no toman en cuenta las condiciones personales de los socios, sino su aportación de capital. Se trata de sociedades donde la relación es *intuitus pecuniae* (S. A., S. R. L., y sociedad comanditaria por acciones).

En el presente módulo hemos estudiado el régimen jurídico de las distintas sociedades mercantiles reguladas tanto en el Código de comercio como en leyes especiales, intentando remarcar las diferencias esenciales entre las personalistas y las capitalistas.

Ejercicios de autoevaluación

1. Las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada...

a) pueden ser civiles o mercantiles según su objeto.
b) son siempre mercantiles.
c) Ambas son falsas.

2. En la sociedad colectiva...

a) cualquier socio puede pedir la disolución de la sociedad sin necesidad de que concurra una causa legal de disolución.
b) cualquier socio puede pedir la disolución de la sociedad si ésta se ha constituido por tiempo indefinido.
c) Ambas son falsas.

3. El socio comanditario...

a) responde de las deudas sociales hasta el límite de su aportación.
b) responde subsidiaria, personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales.
c) Ambas son falsas.

4. En la sociedad anónima, la valoración de las aportaciones no dinerarias...

a) es obligatoria.
b) se realiza por uno o varios expertos independientes.
c) Ambas son verdaderas.

5. Para que la junta general de REPA, S. A., sociedad que tiene un capital social de 100.000 euros dividido en 10.000 acciones de 10 euros de valor nominal cada una, quede válidamente constituida en primera convocatoria para aprobar las cuentas anuales...

a) deberán asistir accionistas titulares de, al menos, 5.000 acciones.
b) deberán asistir al menos la mitad de socios.
c) Ambas son falsas.

6. En el mismo caso de la pregunta anterior, si acudieran en primera convocatoria accionistas titulares de 5.000 acciones, las cuentas se aprobarían si votaran a favor del acuerdo...

a) accionistas que representen al menos 2.500 acciones.
b) Accionistas que representen al menos 2.501 acciones.
c) Ambas son falsas.

7. La administración de una S. A. puede encomendarse...

a) a dos administradores mancomunados.
b) a un consejo de administración obligatoriamente.
c) Ambas son falsas.

8. En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada...

a) puede aportarse trabajo.
b) puede establecerse la obligación de realizar prestaciones accesorias.
c) Ambas son verdaderas.

9. En la sociedad de responsabilidad limitada...

a) una participación equivale a un voto, salvo disposición en contra de los estatutos.
b) una participación equivale siempre a un voto y no puede alterarse esa proporción.
c) Ambas son falsas.

10. Los socios industriales en las sociedades colectivas...

a) responden de deudas pero no de pérdidas.
b) pueden hacer competencia a la sociedad.
c) Ambas son verdaderas.

11. La fusión de dos o más sociedades anónimas requiere...

a) la extinción de, al menos, una sociedad.
b) la compra de todas las acciones por la sociedad absorbente.
c) Ambas son verdaderas.

12. La sociedad de responsabilidad limitada puede constituirse...

a) con un capital social de 6.000 euros y un desembolso de 3.000 euros.
b) por un único socio.
c) Ambas son verdaderas.

13. Puede nombrarse administrador por tiempo indefinido...

a) en la S. A.
b) en la S. R. L.
c) Ambas son verdaderas.

14. La disolución de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada...

a) opera siempre *ipso iure*.
b) requiere siempre el acuerdo de la junta general.
c) Ambas son falsas.

15. En las cuentas en participación...

a) se crea una sociedad con personalidad jurídica.
b) lo aportado por el partícipe se integra en el patrimonio del gestor.
c) Ambas son verdaderas.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. b

3. a

4. c

5. c Bastará con que asistan accionista/s titular/es de 2.500 acciones.

6. b

7. a

8. b

9. a

10. a

11. a

12. b El capital de la S. R. L. ha de estar enteramente suscrito y enteramente desembolsado en el momento de su constitución.

13. b

14. c El transcurso del término fijado en los estatutos es la única causa de disolución que opera *ipso iure*. Las demás causas de disolución requieren el acuerdo de la junta general.

15. b

Glosario

agrupación de interés económico (AIE) *f* Sociedad que cumple una función auxiliar para el desarrollo de la actividad económica de los socios, pero sin que la sociedad participe ni incida en esa actividad económica, que cada socio continúa desarrollando por su cuenta.

contrato de sociedad *m* Contrato por el que varios sujetos se comprometen a desarrollar conjuntamente una actividad común.

cooperativa *f* Sociedad que se constituye por personas unidas por necesidades socioeconómicas comunes que buscan la satisfacción de tales necesidades mediante la realización de una actividad en común.

cuentas en participación *f pl* Por este contrato una parte (cuenta partícipe) aporta un dinero y otra (gestor) lo invierte con la finalidad de repartirse las ganancias obtenidas.

entidades de capital-riesgo *f pl* Sociedades y fondos cuyo objeto social es la inversión temporal en el capital de sociedades no financieras que no coticen, con la idea de impulsarlas en su momento inicial y, cuando hayan logrado asentar su actividad económica, liquidar la inversión (vendiendo las acciones o participaciones).

instituciones de inversión colectiva (IIC) *f pl* Instituciones de inversión colectiva (IIC): son las que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos. Deben adoptar la forma de sociedades de inversión o fondos de inversión.

modificaciones estructurales *f pl* Alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias por afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad. Dentro de las mismas, la Ley de Modificaciones Estructurales incluye la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo, si bien también se aborda el traslado internacional del domicilio social, porque, tal y como señala el preámbulo, aunque no siempre presenta las características que permiten englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal.

sociedades personalistas *f pl* Sociedades con la característica común de prestar una especial atención a las condiciones personales de los socios; así ocurre con la sociedad colectiva, la sociedad comanditaria y la agrupación de interés económico; enumeración que se completa con las cuentas en participación, dado que, a pesar del carácter interno que tienen (no se manifiesta frente a terceros), su régimen presupone la relación *intuitus personae*.

sociedades capitalistas *f pl* Sociedades caracterizadas porque no tienen en cuenta las condiciones personales de los socios, sino su aportación de capital. Se trata de sociedades donde la relación es *intuitus pecuniae* (S. A., S. R. L., y sociedades comanditarias por acciones. Están reguladas en el TRLSC).

sociedad anónima *f* Sociedad en la que el capital, que está dividido en acciones, se integra por las aportaciones de los socios; quienes no responden personalmente por las deudas sociales.

sociedad colectiva *f* Sociedad personalista en cuyo régimen jurídico están presentes todas las características típicas de esta clase de sociedades: responsabilidad personal, ilimitada, solidaria y subsidiaria de los socios por las deudas sociales; administración de la sociedad vinculada a la condición de socio, y (como consecuencia de ello) sujeción de la transmisión de la condición de socio al consentimiento de todos los demás socios.

sociedad comanditaria *f* Sociedad en la que junto a la existencia de socios colectivos, a quienes se aplica el mismo estatuto jurídico que el de los socios de la sociedad colectiva, hay otros socios que no responden de forma ilimitada, sino sólo con las aportaciones que realicen a la sociedad. Éstos se denominan comanditarios y, a diferencia de los colectivos, no pueden gestionar la sociedad ni tan siquiera ser apoderados de un socio gestor.

sociedad comanditaria por acciones *f* Sociedad comanditaria por acciones: sociedad en la que todo el capital está dividido en acciones, si bien a los administradores, por el mero hecho de serlo, se les trata como socios colectivos.

sociedades de garantía recíproca *f pl* Sociedades cuya finalidad es intervenir como fiadores en los créditos y préstamos concedidos a sus socios partícipes.

sociedades laborales *f pl* Sociedades anónimas o limitadas en las que más del 50% del capital social está en manos de trabajadores por tiempo indefinido y a jornada completa, y

el número de horas-año trabajadas por los trabajadores por tiempo indefinido que no sean socios no excede del 15% en relación con el total de las prestadas por los socios trabajadores.

sociedades mutuas de seguros *f pl* Sociedades mutuas de seguros: sociedades en las que los socios, llamados mutualistas, quienes están agrupados normalmente por razón de su profesión o de su pertenencia a una empresa determinada, actúan como aseguradores de sí mismos.

sociedad profesional *f* Sociedad que tiene por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional (se entiende por tal la que exige una titulación universitaria oficial, o titulación profesional, para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente colegio profesional).

sociedad de responsabilidad limitada *f* Sociedad en la que el capital, que está dividido en participaciones sociales, se integra por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

uniones temporales de empresas (UTE) *f pl* Uniones temporales de empresas (UTE): contratos de colaboración de carácter temporal entre empresarios para el desarrollo o ejecución de una obra o servicio concreto.

Bibliografía

Bibliografía principal

De la Cuesta Rute, J. M; Valpuesta Gastaminza, E.; Torrubia Chalmeta, B. (dir: De la cuesta Rute, J. M; coord: Valpuesta Gastaminza, E.) (2009). *Referencia a las modalidades de fusión y adquisición de empresas y a la negociación de la adquisición en contratos mercantiles*. Barcelona: Bosch.

Valpuesta Gastaminza, E. (2008). *Derecho para universitarios*. Pamplona: Eunate.

Valpuesta Gastaminza, E. (2003). *La sociedad nueva empresa*. Barcelona: Bosch.

Valpuesta Gastaminza, E. (2007). *Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Legislación concordada, jurisprudencia y bibliografía*. Madrid: Civitas.

Bibliografía complementaria

Broseta Pont, M. (2007). *Manual de derecho mercantil* (14.ª ed. a cargo de F. Martínez Sanz, vol. II). Madrid: Tecnos.

Jiménez Sánchez, G. (coord.) (2007). *Derecho mercantil* (12.ª ed., vol. II). Barcelona: Ariel.

Menéndez, A. (dir.) (2006). *Lecciones de derecho mercantil* (4.ª ed.). Madrid: Civitas.

Sánchez Calero, F. (2006). *Instituciones de derecho mercantil* (29.ª ed., vol. II). Madrid: Aranzadi.

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

Uría, R. y Menéndez, A. (dir.) (2007). *Curso de derecho mercantil* (2.ª ed., vol. II). Madrid: Civitas.

Vicent Chulià, F. (2008). *Introducción al derecho mercantil* (21.ª ed.). València: Tirant lo Blach.

Contratos mercantiles

Eduardo Valpuesta Gastaminza

PID_00156234

Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción 5

Objetivos 6

1. Marco general de la contratación mercantil 7
1.1. La existencia de una contratación mercantil 7
1.2. Contratación mediante condiciones generales 8
1.3. Contratación con consumidores 9
1.4. Contratación a distancia. Contratación electrónica 10

2. Mercado de bienes 12
2.1. Transmisión de bienes mediante compraventa 12
2.1.1. Concepto y régimen de la compraventa 12
2.1.2. Las obligaciones de entrega y saneamiento en la compraventa 12
2.1.3. El paso del riesgo en la compraventa 13
2.1.4. Regímenes especiales de ciertas compraventas 14
2.1.5. Contratos afines a la compraventa 15
2.2. Contratos relativos a derechos de propiedad industrial 16
2.3. Contratos relativos a derechos de propiedad intelectual 17

3. Mercado de servicios 19
3.1. Importancia del mercado de servicios 19
3.2. Contrato de arrendamiento de servicios. Contrato de *outsourcing* ("externalización" de servicios) 19
3.3. Contratos de intermediación 20
3.3.1. Contratos de mandato y comisión 20
3.3.2. Contrato de corretaje 22
3.3.3. Contrato de agencia 22
3.4. Contratos de distribución, concesión comercial y franquicia 24
3.5. Contratos publicitarios 26
3.6. Contrato de transporte terrestre de mercancías 27
3.6.1. Concepto y normas reguladoras 27
3.6.2. Elementos personales y formales 28
3.6.3. Obligaciones de las partes 28
3.7. Contratos informáticos 29
3.8. Contratos de guarda y custodia de bienes 31
3.9. Contratos turísticos 32

4. Mercado financiero 33

4.1. Formas de financiación de la empresa: mercado de crédito y mercado de valores 33
4.2. Mercado de crédito 34
4.2.1. Los contratos de crédito. El préstamo 34
4.2.2. Crédito al consumo 36
4.2.3. Operaciones de *leasing* 37
4.2.4. Operaciones de *factoring* 38
4.2.5. Contratos bancarios 38
4.2.6. Garantías personales 46
4.3. Mercado de valores 47
4.3.1. Una aproximación al concepto y función de los mercados de valores. La Ley de Mercado de Valores 47
4.3.2. Sujetos que actúan en los mercados. Normas de actuación 48
4.3.3. Operaciones en el mercado primario de valores 50
4.3.4. Operaciones en el mercado secundario bursátil 51
4.3.5. Ofertas públicas de adquisición 52
4.3.6. Referencia a las opciones y futuros financieros 52

5. Mercado del riesgo 54
5.1. Contratos aleatorios y mercado del riesgo 54
5.2. Concepto y características del contrato de seguro 55
5.3. Sujetos intervinientes en el contrato de seguro 56
5.4. Seguros de daños 57
5.5. Seguros de personas 59

Resumen 61

Actividades 63

Ejercicios de autoevaluación 63

Solucionario 65

Glosario 67

Bibliografía 69

Introducción

Las empresas y consumidores continuamente suscriben contratos de muy diverso tipo para realizar su actividad. Una empresa que fabrica bienes pide financiación a bancos o, mediante emisión de valores, compra materias primas, las elabora, las vende, las transporta para el comprador, las publicita, contrata un seguro, etc. De igual forma, un consumidor compra bienes, para los que a veces pide financiación, atiende a la publicidad, toma seguros sobre los bienes y riesgos propios, contrata servicios turísticos, etc. La actividad económica en el tráfico privado se traduce, así, en la concertación y ejecución de contratos de muy distintas características.

Todos estos contratos sólo se entienden en su conjunto, pues sólo integrados satisfacen las necesidades del empresario y del consumidor. No se trata de contratos independientes que satisfacen necesidades concretas, sino de las diferentes prestaciones que deben darse para que una actividad económica relativamente compleja pueda desarrollarse de forma adecuada. A los efectos de la exposición de las características más relevantes de cada uno, se realiza una división en función de los "mercados" que se pueden distinguir: mercado de bienes y derechos, mercado de servicios, mercado de financiación y mercado de riesgo.

Con carácter previo a la explicación de cada contrato, se realiza una exposición general de cuál es el marco general de la contratación mercantil. En nuestros días existe aún una distinción legal entre contratos civiles y mercantiles, y toda una serie de características generales de la contratación en el ámbito privado, que se exponen en ese primer módulo.

Glosario

En el apartado glosario, se ha evitado utilizar la expresión "contrato de...", de forma que cada contrato se expone por la voz de su nombre.

Objetivos

Los objetivos de este módulo son los siguientes:

1. Comprender las características generales de la contratación mercantil y los problemas que plantean la contratación mediante condiciones generales y la contratación por medios electrónicos.

2. Discernir claramente el contenido de cada uno de los contratos que se practican en la actualidad, aprehendiendo su utilidad y los objetivos que se persiguen con cada uno.

3. Conocer las leyes fundamentales que rigen cada contrato para acudir a ellas cuando deban aplicar su regulación.

4. Adquirir una visión panorámica de los distintos contratos sobre bienes, derechos y servicios, y comprender cómo interactúan entre ellos para que el mercado económico pueda funcionar correctamente.

5. Contemplar la diversidad de servicios que se ofrecen hoy en día y entender cuán necesarios resultan para cubrir las necesidades de empresas y de consumidores.

6. Comprender cómo se financian las empresas, acudiendo bien a los créditos bancarios, bien a la emisión de valores, con las distintas implicaciones y consecuencias que tiene cada una de esas formas de endeudamiento.

7. Entender cómo realizan las entidades de crédito la mediación en el mercado de dinero, recibiendo dinero de los ahorradores en forma de depósito y prestando ese mismo dinero a los sujetos deficitarios por medio de préstamos, créditos y descuento de efectos.

8. Discernir cada una de las operaciones bancarias básicas y comprender, además, la lógica económica respectiva para la financiación de las empresas y de los consumidores.

9. Diferenciar qué es un mercado de valores y distinguir entre mercados primarios y secundarios de valores para entender la operativa básica propia de cada uno de ellos.

10. Comprender qué es el contrato de seguro y cómo con él consumidores y empresas obtienen seguridad a cambio del pago de una prima.

1. Marco general de la contratación mercantil

1.1. La existencia de una contratación mercantil

En nuestro derecho privado seguimos distinguiendo, desgraciadamente, una regulación civil de los contratos y otra mercantil. Las razones de esta diferenciación son puramente históricas: la mentalidad del sujeto privado del siglo XIX era de subsistencia, contrapuesta a la mentalidad de lucro del comerciante. Ello originaba dos tipos de contratación, basados en tempos distintos, más rigurosa con el contratante y más exigente en cuanto al cumplimiento. Hoy en día, la distinción no tiene sentido, pues la mentalidad de lucro está generalizada. De hecho, las leyes modernas de contratos suelen regular figuras concretas sin distinguir si son civiles o mercantiles (contrato de seguro, contratos del mercado de valores, contrato de transporte, etc.). De igual forma, el derecho privado comunitario proyectado, que cristaliza por ahora en el *draft common frame of reference*, propone una regulación única de los distintos contratos.

De hecho, las diferencias legales que antaño existían en las reglas generales de las obligaciones y contratos mercantiles frente a las civiles han ido desapareciendo, bien por reformas legales, bien mediante interpretación jurisprudencial, de manera que hoy en día podemos decir que no existe una teoría general de la contratación mercantil distinta de la civil. De todos modos, en la regulación de varios contratos, todavía sigue coexistiendo una doble regulación, como veremos (compraventa, depósito, comisión, etc.), que a menudo no aporta diferencias relevantes.

Para exponer cuáles son los diferentes negocios que se realizan en el tráfico negocial privado, vamos a compartimentarlo, a efectos puramente didácticos, en cuatro mercados:

a) el mercado de bienes y derechos es aquel donde se transmite la titularidad o el uso de bienes y derechos;

b) el mercado de servicios es aquel donde se ofrecen servicios muy variados, auxiliares normalmente del tráfico de bienes (hay que publicitar los bienes, distribuirlos, transportarlos, custodiarlos);

c) el mercado financiero facilita que las empresas y consumidores obtengan financiación para su actividad,

d) y el mercado del seguro permite que los sujetos puedan precaverse frente a las consecuencias negativas de posibles eventos dañosos futuros.

En realidad, la actividad de cualquier consumidor y de cualquier empresario sólo se entiende contemplando los cuatro mercados a la vez, como complementarios: casi nada se podría fabricar si no hubiera un mercado para financiar a las empresas; casi nada se podría vender si no hubiera publicidad, distribución y transporte; casi nadie podría actuar sin asegurarse frente a eventos dañosos futuros.

Si estudiamos los contratos con base en los "mercados" es porque, como vimos en el módulo 1, el mercado es el actual sistema económico de intercambio de bienes y servicios con libertad de actuación, libre juego de oferta y demanda, y transparencia y publicidad.

1.2. Contratación mediante condiciones generales

En una economía masificada, donde continuamente se realizan negocios de los más diferentes tipos y condiciones, es fundamental que la contratación se realice mediante cláusulas predispuestas por el empresario que ofrece el bien o servicio. No puede discutirse individualmente cada uno de los millones de contratos que se realicen (de transporte, seguro, venta, etc.). Por ello, estas cláusulas no sólo están prerredactadas, sino que el cliente las toma o las deja; no son un punto de partida para la discusión, sino un "todo o nada". El artículo 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) las define como "las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes..., habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". No sólo suponen un gran ahorro de tiempo, sino también una uniformización de las prestaciones del empresario que le permite abaratar sus costes. Pero siendo necesarias, el problema que plantean es que, al ser redactadas previamente por el empresario, pueden contener cláusulas que favorecen a éste de forma no equitativa.

Para que estas condiciones generales vinculen al adherente, sea empresario o consumidor, es preciso que se cumplan dos tipos de controles. En primer lugar, un "control de inclusión" (arts. 5 a 7 LCGC), que asegure que el adherente ha tenido ocasión de conocer el contenido de las condiciones y ha recibido un ejemplar de las mismas. Esto incluye, además, que la redacción sea clara y comprensible.

Una vez superado este control, existe un segundo control "de legalidad", en el sentido de que las condiciones contrarias a la norma imperativa serán nulas. Pero en muchos casos existen condiciones legales que, sin embargo, resultan "abusivas", excesivas, especialmente cuando las acepta un consumidor, que, en principio, tiene menos información y está menos preparado que el empresario (ved lo dicho en el módulo 1). Por eso existe una protección adicional cuando el adherente es un consumidor, pues no sólo son nulas las condiciones contrarias a ley, sino que son "cláusulas abusivas", considerando como tales "aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe,

causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" (art. 82 TRLGDCU, inicialmente introducido por la LCGC). En los artículos 85 a 91 TRLGDCU se recoge una lista ejemplificativa de 29 cláusulas que siempre se considerarán abusivas.

La doctrina, en general, ha defendido que el concepto de "cláusula abusiva", aun cuando limitado por la ley a la contratación con consumidores, también será útil para valorar la validez de cláusulas impuestas a pequeños empresarios que se hallen de hecho en una situación de debilidad frente al que impone las condiciones generales.

La nulidad de las condiciones contrarias a la ley se deriva del mandato del artículo 1255 del Cc, que permite los pactos de las partes siempre que no sean contrarios a la ley. Así, una condición que exima al empresario de su responsabilidad por dolo es nula por ser contraria al artículo 1102 del Cc; o una que permita el desistimiento libre de una de las partes es nula por ser contraria al artículo 1256 del Cc. En cambio, una condición que exima al empresario de la responsabilidad derivada de su actuación negligente no es nula, pero sí puede resultar abusiva.

Ejemplo

Las clausulas abusivas, como queda dicho, en principio serían válidas, pues no contrarían derecho imperativo; pero son nulas porque, pactadas con un consumidor, se desconfía de que éste realmente haya comprendido su alcance o de que las haya aceptado con plenitud de consentimiento. Así, es válido pactar que las partes en caso de juicio acudirán a los tribunales de Madrid (aunque el adherente esté domiciliado en Pamplona); pero si esto lo pacta un consumidor, es nulo por abusivo (arts. 90.2 TRLGDCU y 54.2 LEC), pues para él sería muy perjudicial tener que litigar en Madrid si no funciona el bien adquirido.

Cuando una condición general se declara nula, el contrato sigue vigente, si bien la cláusula queda excluida. Es una aplicación de la regla de la nulidad parcial.

1.3. Contratación con consumidores

Como hemos visto en el módulo 1, el legislador español y el comunitario parten de que es preciso proteger de forma especial el interés del consumidor, al que se considera la parte "débil" en la contratación, a menudo deslumbrado por las dotes de persuasión o por la publicidad del empresario, carente de información sobre el producto o servicio, objeto de técnicas agresivas de venta, etc. Si bien esta visión es, en ocasiones, demasiado "victimista", el hecho es que el legislador dicta normas específicas para proteger al consumidor.

Buena parte de las normas que se hallaban dispersas se han recogido en el año 2007 en el "Texto Refundido de Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios" (a partir de ahora, TRLGDCU). Ahí, por ejemplo, se regulan las "cláusulas abusivas", a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior; se contiene un régimen específico para los negocios celebrados fuera del establecimiento, donde se utiliza el "factor sorpresa" al abordar al consumidor en su domicilio, en la calle o en su trabajo (por eso se le permite desistir

del contrato celebrado, sin coste alguno; ved los artículos 110 y siguientes del TRLGDCU); o se regulan los viajes combinados concertados con consumidores (arts. 150 y ss. TRLGDCU).

Por esta razón, siempre que en un contrato intervenga un consumidor, debemos tener en cuenta que puede existir una normativa específica de ese contrato para tal caso; y, con carácter general, deberemos aplicar las reglas generales del texto refundido señalado.

1.4. Contratación a distancia. Contratación electrónica

El comercio electrónico y, en general, la contratación a distancia plantean todo un cúmulo de problemas nuevos respecto a la contratación "tradicional" que se celebraba de forma presencial. En particular, puede que se desconozca la identidad del oferente de los productos (con los consiguientes problemas para los casos de reclamación), no se tiene la seguridad de que el mensaje electrónico que se recibe no haya sido manipulado por terceros, el producto real puede diferir del ofrecido en la Red, el bien puede llegar muy tarde, etc. Los mecanismos de control real que permite la compra presencial no existen cuando el negocio es a distancia. Todos estos problemas que planteó la eclosión de la negociación por medio de Internet se han intentado solucionar con diferentes normas. Podemos resaltar dos de ellas en el derecho español.

Así, la identidad del emisor y la fidelidad (esto es, que el contenido del mensaje que se recibe no esté manipulado por terceros) y confidencialidad de los mensajes electrónicos se pueden lograr utilizando una "firma electrónica reconocida", que equivale, a efectos jurídicos, a la firma manuscrita. Este concepto, así como las garantías que deben cumplirse para que los dispositivos de creación de firma puedan ser considerados como seguros a estos efectos se regulan en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Normas Reguladoras de Firma Electrónica (que transpone una directiva comunitaria de 1999). Cualquier mensaje enviado por vía electrónica (un simple correo electrónico, por ejemplo) es una firma electrónica, una comunicación de voluntad realizada por esa vía; pero sólo equivale a la firma manuscrita si el emisor dispone de los mecanismos de cifrado y envío que aseguran una imposibilidad de manipulación por terceros. Y esto es lo que, entre otras cuestiones, regula dicha norma.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en adelante LSSICE) ha supuesto una regulación global y novedosa del marco de la contratación electrónica. Como su propio nombre indica, no se refiere sólo (y ni siquiera de forma preponderante) al comercio electrónico, sino a la actuación en la comunicación y oferta de servicios o productos en la Red.

Junto a esta ley, debemos tener en cuenta otras normas sectoriales, como la Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores, de 11 de julio del 2007, a la que haremos referencia en el apartado 4.2.5.).

La ley, en efecto, regula más bien el estatuto de los que ofrecen productos o servicios en la Red ("prestadores de servicios") y de las empresas que permiten el suministro de esa información ("operadores de red"). Así, el prestador debe identificarse claramente haciendo constar su identidad y domicilio. El operador de red debe guardar información sobre los mensajes cursados con él (no de su contenido, que es secreto, sino de que fueron enviados, entre quiénes y cuándo) durante un año. Si un prestador emite información o servicios contrarios al orden público o al respeto a la dignidad de la persona, entre otros límites (ved art. 8 LSSICE), se podrá ordenar al operador que no transmita esa información en el territorio español. Por supuesto, además, se podrá actuar por la vía penal o la que proceda contra el prestador, pero sólo si está sometido al derecho español (si tiene su domicilio en España, por ejemplo). El operador de red no responde de ese contenido ilícito, en principio, pues él no ha intervenido en su elaboración ni tiene por qué conocer tal contenido. También existe un régimen especial si el prestador está domiciliado en otro país de la Unión Europea.

A los efectos que interesan en estos materiales, fundamentalmente contractuales, cabe destacar que el oferente debe identificar su oferta comercial como tal, y que el contrato se perfecciona cuando el oferente conoce la aceptación (o debe conocerla sin faltar a la buena fe). Pero, además, si el aceptante es un consumidor, se le aplican otras normas defensoras de su interés (las de ventas a distancia que se tratan en el apartado 2.1.4).

2. Mercado de bienes

2.1. Transmisión de bienes mediante compraventa

2.1.1. Concepto y régimen de la compraventa

La "compraventa" es aquel contrato por el cual una de las partes se obliga a la entrega de una cosa y la otra, a satisfacer un precio cierto a cambio de la misma.

Este es el concepto genérico de compraventa. Como en muchos otros contratos, aparece regulado por partida doble tanto en el Código civil como en el Código de comercio; por eso este último establece que será mercantil la compraventa de bienes muebles para revenderlos, realizada con ánimo de lucro en dicha reventa (art. 325 CdeC).

Ejemplo

El Código de comercio piensa en la compraventa mercantil como aquella en la que el comprador es un mediador entre el fabricante y el consumidor final: compra al fabricante para revender al consumidor, con lo que espera obtener un lucro por la diferencia entre el precio que paga y el precio al que vende. No importa que el bien que compre lo transforme para revenderlo en otra forma distinta. Así, es mercantil la compraventa de pienso para engordar cerdos, pues luego tales animales serán vendidos (el pienso se revende convertido en carne de cerdo).

2.1.2. Las obligaciones de entrega y saneamiento en la compraventa

El vendedor está obligado a la entrega del bien, esto es, a transmitir su propiedad al comprador. La compraventa, por sí misma, no transmite la propiedad del bien, sino que obliga a esa transmisión; es el título de la misma. Para que el comprador adquiera, se precisa, según el principio general, título y modo; en este caso, contrato de compraventa y entrega efectiva de la cosa. Antes de la entrega existe un derecho personal a que la cosa sea entregada; después de ella, un derecho real sobre el bien mismo.

El vendedor, al entregar, responde del "saneamiento" del bien, esto es, de que el bien es suyo y no tiene defecto alguno. Este saneamiento comprende dos aspectos: el saneamiento por evicción y por vicios. El primero de ellos significa que si el vendedor no era propietario, y el verdadero propietario reclama la cosa

al comprador venciéndole en juicio, el vendedor deberá devolver al comprador vencido el precio satisfecho e indemnizarle por los perjuicios causados (art. 1475 Cc).

Hay que señalar que el artículo 85 CdeC excluye la responsabilidad por evicción en el caso de adquisiciones realizadas en tiendas abiertas al público, pues el comprador adquiere la cosa de forma irreivindicable. El verdadero propietario, si fuera distinto del vendedor, deja de serlo y sólo podrá reclamar contra el vendedor por haber enajenado un bien que no era suyo.

El saneamiento por vicios significa que si la cosa tiene algún vicio o defecto, el vendedor debe responder de ellos. Si tales defectos son aparentes, esto es, apreciables a simple vista, el comprador deberá rechazar la mercancía en el acto de la entrega, pues si no, ya no podrá reclamar posteriormente. El Código de comercio admite que si la mercancía está embalada y no la examina el comprador al recibirla, tiene un plazo de cuatro días para realizar la reclamación (art. 336.2 CdeC). Si los vicios son ocultos, no apreciables a simple vista, el plazo de reclamación es de tan sólo treinta días en la compraventa mercantil (art. 342 CdeC) y de seis meses en la compraventa civil (art. 1490 Cc).

En el supuesto de vicios aparentes, el comprador puede optar entre exigir el cumplimiento correcto o resolver, con indemnización en ambos casos de daños y perjuicios. En el caso de vicios ocultos, el comprador puede resolver o rebajar una cantidad proporcional del precio en compensación por el vicio existente (art. 1486 Cc).

En todo caso, en esta materia de responsabilidad por vicios, existe una regulación especial cuando el adquirente es un consumidor, pues se considera que la especial defensa del interés de los consumidores (ved el apartado 1.3.) exige normas que le defiendan por encima del estándar general fijado en la ley general. Los artículos 114 y siguientes TRLGDCU establecen estas normas especiales al imponer que los bienes vendidos a un consumidor deben ser conformes con el contrato de compraventa. Esta "conformidad" abarca no sólo que el bien se corresponda con la descripción o características del comprado, sino que además sea apto para el uso ordinario propio del mismo y presente la calidad y prestaciones habituales de los bienes de ese tipo. Si el bien no cumple tal "conformidad", el comprador puede optar por repararlo o sustituirlo de forma gratuita; y si la reparación o sustitución no es satisfactoria o no se realiza en un plazo razonable, podrá pedir una rebaja del precio o la resolución del contrato. A esta "garantía legal" cabe añadir, por pacto, un régimen más beneficioso, de forma que se convierte en un mínimo.

2.1.3. El paso del riesgo en la compraventa

La doctrina del riesgo determina quién debe soportar las consecuencias de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor. Si el riesgo lo soporta el vendedor, el comprador podrá resolver el contrato (con lo que el vendedor se queda sin bien y sin precio) o exigir la entrega de otra cosa igual (si era

genérica, con lo que el vendedor perdería dos cosas y recibiría el precio de una). Si lo soporta el comprador, deberá pagar el precio, aunque no haya recibido el bien, o, una vez recibido, lo haya perdido.

La doctrina entiende que en la compraventa civil el riesgo pasa al comprador con la perfección del contrato. Desde entonces, la pérdida de la cosa por caso fortuito le perjudica a él en los susodichos términos. En cambio, en la compraventa mercantil, el paso del riesgo lo opera la entrega de la cosa (arts. 331 y 333 CdeC) y no la perfección del contrato.

2.1.4. Regímenes especiales de ciertas compraventas

Cabe destacar, aunque no podamos detenernos en ello, que existe un tratado internacional, firmado por España en 1990, sobre el régimen de la compraventa internacional, que se aplica, fundamentalmente, en el caso de que un ciudadano español celebre una compraventa con un ciudadano extranjero que sea nacional de un país igualmente firmante del tratado: Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional.

Igualmente, es resaltable que, en el comercio internacional (y también en el nacional), cuando vendedor y comprador se hallan en plazas distintas, lo normal es que adopten una serie de reglas acuñadas por la práctica comercial internacional que se denominan INCOTERMS. En tal caso, lógicamente, en lo establecido en estas reglas no se aplica el Código de comercio, ni la normativa nacional de los contratantes.

INCOTERMS

Estos INCOTERMS (acrónimo de *international commercial terms*) no son verdadera costumbre, en cuanto que no son normas que obliguen de por sí, sino que obligan a las partes porque éstas, voluntariamente, han decidido su aplicación.

Los INCOTERMS vienen fijados periódicamente por la Cámara de Comercio Internacional. No sólo hacen referencia a lo relativo al contrato de compraventa y al paso del riesgo en la misma, sino también al transporte (quién lo contrata, quién lo paga, desde dónde se realiza) y al seguro. Si, por ejemplo, las partes establecen que la compraventa se realiza FOB (*free on board*), determinan que el vendedor se obliga a entregar a bordo de un buque, en el puerto de salida de la mercancía, y hasta entonces él soporta los gastos del transporte y el riesgo de pérdida de la mercancía por caso fortuito o fuerza mayor, el seguro lo contratará el comprador y las licencias de exportación las debe gestionar el vendedor. Cada INCOTERM contiene una regulación bastante detallada de múltiples aspectos contractuales.

Existe una regulación específica del comercio minorista (esto es, de la actividad profesional consistente en ofertar la venta de bienes a los destinatarios finales), realizada por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), de 15 de enero de 1996. En la misma se contienen un conjunto muy heterogéneo de normas, que abarcan tanto las condiciones para establecer "grandes superficies" (hipermercados) en una localidad como ciertas ventas especiales (ventas en rebajas, en liquidación, de saldos, a distancia, etc.). De especial interés es la regulación que se realiza de las "ventas a distancia" en sus artículos 38 a 48, donde se establece, entre otras normas, la prohibición de enviar mer-

cancías no solicitadas (si se envían, el receptor no tiene obligación de pagarlas ni de devolverlas) y el derecho de desistimiento libre durante los siete días siguientes a la recepción de la mercancía.

Ejemplo

Por poner algún ejemplo de la regulación de ciertas ventas, esta ley regula las ventas en las rebajas, al establecer que los productos deben ser de igual calidad que los ofrecidos anteriormente y debe constar siempre el precio antiguo y el nuevo.

Las ventas a distancia engloban ventas por catálogo, por televisión, por Internet, etc. El desistimiento en las ventas a distancia no puede suponer penalización alguna para el adquirente, pero se puede pactar que sean de su cargo los gastos de devolución del bien. Debe destacarse que esta regulación del comercio minorista se superpone a las reglas genéricas establecidas sobre contratos a distancia en los artículos 92 a 106 TRLGDCU, que en realidad copian los preceptos de la LOCM.

También debe destacarse la existencia de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos (en adelante LVPBM), de 13 de julio de 1998, cuyas reglas son imperativas. Esta ley se refiere a la venta de ciertos bienes de carácter duradero cuando son comprados a plazos en las condiciones establecidas por la misma, y excluye las compraventas destinadas a la reventa al público (esto es, las mercantiles). Se exige que el contrato conste por escrito, con un contenido mínimo fijado por la ley. El comprador puede desistir de la adquisición en un plazo de siete días, desde la entrega del bien. También puede anticipar, en cualquier momento, los plazos que le falten por pagar, con lo que se ahorrará el pago de los intereses que correspondan a esos plazos, si bien se ha de satisfacer una compensación por anticipación.

Posiblemente, lo más importante de esta ley es la regulación del registro de venta a plazos de bienes muebles, integrado en el Registro de Bienes Muebles, y la eficacia que se da a las inscripciones que se practiquen en el mismo. Las partes pueden pactar que la propiedad del bien no se adquiera hasta el pago del último plazo (cláusula de "reserva de dominio"). Si el contrato se inscribe en el citado registro, esta cláusula será oponible a cualquier tercero, aunque de hecho no la conozca.

Ejemplo

Si el comprador que aún no ha pagado los plazos y vende el bien a un tercero, en caso de incumplimiento del pago de los plazos, el vendedor podrá exigir a este tercero que pague la cantidad que reclama o que desampare el bien (art. 16.3 LVPBM). Esta regulación se justifica porque ese tercero debería conocer, ya que estaba publicado, que el bien había sido comprado a plazos y aún no estaba pagado, de modo que quien se lo "vendió" no era aún propietario. Por otro lado, si el bien vendido a plazos con reserva de dominio en poder del comprador es embargado a éste por sus deudas, el vendedor podrá alzar el embargo acreditando que existe pacto de reserva de dominio inscrito a su favor (art. 15.3 LVPBM).

2.1.5. Contratos afines a la compraventa

Aparte de estos regímenes especiales de ciertas compraventas, existen negocios jurídicos que, en parte, se asimilan a la compraventa. La **permuta** es el contrato por el cual "cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra" (art. 1538 Cc). Dada su similitud con la compraventa los códigos,

no la regulan de forma específica, sino que tan sólo declaran aplicable a la misma las reglas de la compraventa (arts. 1451 Cc y 346 CdeC), si bien las obligaciones de las partes son, para ambas, las del vendedor, ya que no hay comprador (persona que pague precio), sino sólo "vendedores" (personas que entregan bienes).

El **suministro** consiste en el pacto por el que se fijan una serie de plazos para la entrega y pago de cierta cantidad de bienes en cada plazo. Se trata así de algo parecido a una serie de compraventas sucesivas, ya prefijadas en sus plazos y cantidades. A diferencia de la compraventa a plazos, en el suministro, cada remesa es, en buena medida, independiente de las demás.

En el **contrato estimatorio**, una parte entrega a otra una serie de bienes para que ésta los venda, y, al cabo de un tiempo, debe devolver el precio de los bienes que ha vendido y el resto de bienes no vendidos.

2.2. Contratos relativos a derechos de propiedad industrial

Con el nombre genérico de "propiedad industrial" se designa en España normalmente el conjunto de cuatro derechos: **marca**, **nombre comercial, patente** y ***know-how***. Ya hicimos referencia a la marca y al nombre comercial como signos distintivos al hablar del mercado (ved módulo 1).

Las **patentes** son invenciones nuevas que implican una actividad inventiva y son susceptibles de aplicación industrial. Se regulan en la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986. Su inscripción en el Registro de Propiedad Industrial da un derecho de explotación exclusiva de las mismas durante veinte años; transcurridos éstos, pasan a ser de dominio público.

> Las invenciones que no tienen aplicación industrial (las obras de arte, las obras literarias, etc.) no pueden ser patentadas, y la defensa de los derechos del autor se suele encauzar como propiedad intelectual (ved más adelante el apartado 2.3.).

El ***know-how*** (también llamado "saber-hacer" o "secreto industrial") es un conjunto de información práctica no patentada (porque no supone verdadera creación, o porque se quiere mantener secreta), útil para la producción del bien o servicio. Muchas veces son reglas fijadas por la experiencia de la empresa, que se mantienen en secreto (por ejemplo, cómo colocar los bienes en las estanterías para que el cliente se fije más en ellos, los "trucos" para lograr un sabor especial en las comidas, etc.).

Este conjunto de derechos constituye una especie de atributos propios y unidos a la empresa, que le otorgan un valor añadido a la simple suma del valor de los bienes que la componen. Cuando la empresa se transmite, normalmente se transmiten con ella las marcas de sus productos, las patentes para la fabricación de éstos, el *know-how* y el nombre comercial de la empresa. Pero estos derechos también se pueden transmitir de forma independiente o en relación con otros negocios (por ejemplo, puede realizarse una licencia de patente pa-

ra que el licenciatario fabrique el bien patentado o concederse una licencia de marca y de *know-how* para que el licenciatario, mediante un contrato de franquicia, venda los bienes distinguidos por esa marca con el "saber hacer" de la empresa licenciante). La transmisión de estos derechos suele denominarse, genéricamente, transferencia de tecnología.

Normalmente, estos derechos se transmiten mediante contratos de licencia, que permiten el uso de la marca, patente, etc., sin transmitir su titularidad (que conserva el licenciante). El licenciatario puede usar la marca, patente o *know-how* por el tiempo pactado y en la zona determinada en el contrato. Se aplica la regla del "agotamiento comunitario": la venta del bien patentado o marcado con el producto dentro del Espacio Económico Europeo agota el derecho de exclusividad del licenciante y del licenciatario. El adquirente del bien puede revenderlo dentro del espacio comunitario.

Ejemplo

La regla del agotamiento del derecho es fundamental para el derecho de competencia. Una persona puede, por ejemplo, comprar pantalones vaqueros de una conocida marca y revenderlos, después, en otro lugar dentro de la Unión Europea. La exclusividad del fabricante de pantalones o de sus licenciatarios sólo alcanza a la primera venta: el adquirente puede revenderlos. De esta forma, si el distribuidor en exclusiva de esa marca en un país concreto comunitario Z los vende muy caros, un empresario los compraría en otro país donde están baratos y los revendería en Z más baratos que el distribuidor exclusivo.

Los acuerdos de licencia de derechos de propiedad industrial producen efectos anticompetitivos, pues lo común es que se fije una zona exclusiva para el licenciatario, dentro de la que sólo puede vender él (el licenciante no puede hacerlo; y usualmente cada licenciatario se obliga a no realizar ventas activas fuera de la zona). Por eso se dictó un reglamento comunitario, de 7 de abril del 2004, que al igual que el que luego veremos en materia de distribución, establece qué pactos concretos cabe establecer para que, suponiendo una restricción a la competencia, sin embargo se logre una forma más adecuada de distribución o producción de los bienes.

Excepciones al reglamento

Este reglamento no se aplica si la transferencia de tecnología va unida sustancialmente a un contrato de distribución (por ejemplo, licencias de marca que concede un franquiciador para vender los productos de su marca). Se aplicaría el reglamento de distribución de 1999, únicamente.

2.3. Contratos relativos a derechos de propiedad intelectual

La propiedad intelectual es el conjunto de derechos que corresponden al creador de una obra literaria, artística o científica, por el mero hecho de su creación.

Lo esencial es la creatividad, que tiene un componente subjetivo (que uno cree algo nuevo) y otro objetivo (que lo creado ya no haya sido creado por otro). Para que exista propiedad intelectual, la doctrina suele considerar que lo fundamental es que exista creatividad objetiva. A menudo, la propiedad intelectual se relaciona sólo con las obras de artes o las literarias, pero abarca también otros muchos supuestos (como la creación de programas informáti-

cos o de páginas web, las fotografías, etc.). Este derecho está regulado por el Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI).

Para proteger su creación, el autor puede inscribir su derecho, entregando un ejemplar "físico" del mismo, una partitura, una descripción, el ejemplar de la fotografía, etc., en el Registro de la Propiedad Intelectual. De esta forma, hace pública su condición de autor y deja constancia de ser el creador de la obra. Además, el TRLPI crea la institución de las "entidades de gestión de los derechos de los autores", que se ocupan de gestionar y defender los intereses de los creadores.

La defensa de la propiedad intelectual ha cambiado mucho en los últimos años. Inicialmente se partía de la prohibición de copia de las obras, de forma que sólo cabía utilizar la obra con la previa autorización del creador. Pero cuando se ha apreciado que a menudo es imposible impedir la copia –la "bajada" de música por Internet, la fotocopia de libros, etc.–, se ha optado por una vía indirecta: la creación de un "canon" o precio que se satisface por el adquirente de mecanismos que pueden servir para la copia ilegal de derechos de autor (ordenadores, DVD, fotocopiadoras...), canon que luego se reparte entre los autores, compensándoles así por el descenso de ventas que sufren a causa de las copias (que, pese a esto, siguen siendo a menudo ilegales).

El derecho del autor se desdobla en un derecho moral (que consiste, sustancialmente, en la paternidad de la obra, el derecho a figurar como su autor), y un derecho económico (el derecho a obtener una ganancia económica de la explotación de la obra). El derecho económico se puede ceder, pero el derecho moral siempre permanece y pertenece al autor. Precisamente, la cesión o licencia del derecho económico constituye el objeto de los contratos sobre propiedad intelectual. En estos contratos se fijará el alcance de los derechos que se ceden, así como el precio que se ha de satisfacer al creador.

Ejemplo

El autor de una obra musical puede autorizar la ejecución de la misma en un concierto, la grabación y posterior difusión de la misma en soporte audio, o la difusión en directo de la ejecución por medio de la televisión, etc. De igual forma, el autor de una obra literaria puede contratar la edición impresa de la misma (y, a su vez, contratar la edición para uno o varios países, o permitir la traducción, fijar el número de ejemplares que se pueden editar...), ceder los derechos para que se realice un guión cinematográfico que la tome como base, etc.

El derecho económico incluye los derechos o facultades de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Dura la vida del autor, y setenta años tras su muerte. Después, la obra pasa al dominio público.

Ejemplo

No hay que pagar a los titulares de los derechos económicos de Beethoven por interpretar una de sus sinfonías, pero sí a los titulares de la propiedad intelectual del concierto de la novena sinfonía grabado en 1980 para emitirlo en una reunión pública.

3. Mercado de servicios

3.1. Importancia del mercado de servicios

No será necesario resaltar que el sector servicios ha experimentado un auge imparable en la última mitad del siglo pasado. De una economía basada fundamentalmente en la producción de bienes para los mercados locales se ha pasado a una producción para el mercado internacional que precisa de intermediarios, distribuidores, empresas de *consulting* que realicen estudios de mercados extranjeros, transportistas de larga distancia, así como de una gran labor de publicidad. Las nuevas técnicas informáticas, por otro lado, han permitido automatizar muchas actuaciones e incluso han generado una nueva forma de comercialización de bienes, que es el comercio electrónico. Las empresas externalizan buena parte de las labores que antes realizaban mediante empleados propios, y surgen nuevas necesidades, como las de informatización de la operativa documental. Por último, la "sociedad del ocio" ha generado también la aparición de nuevas necesidades y de nuevos mercados, que no se basan ya en la producción para el consumo de bienes, sino en la cobertura de necesidades de ocio. Todo ello, en fin, ha generado que los negocios consistentes en servicios muy diversos supongan una cifra a menudo mayor que la generada, en sí, por la venta de los bienes.

Por esta razón, hemos agrupado en este apartado los negocios que no suponen en sí producción y transporte de bienes, sino servicios precisos para lograr la comercialización adecuada. Esas labores engloban tanto intermediación (representantes o intermediarios que estudian y actúan en mercados externos) como distribución (empresarios externos que venden los bienes en sus propios mercados) y servicios de otro tipo (publicidad, transporte, informatización, guardia y custodia, etc.).

3.2. Contrato de arrendamiento de servicios. Contrato de *outsourcing* ("externalización" de servicios)

La categoría general del "arrendamiento de servicios" se regula mínimamente en el Código civil, que sólo la contempla para el trabajo de criados y asalariados (arts. 1583 a 1587 Cc). Actualmente se suele caracterizar por que el arrendatario se compromete a desplegar una cierta actividad con la diligencia debida. Se asume, así, una "obligación de hacer", a diferencia de la obligación de entregar la propiedad que caracteriza a los contratos sobre bienes. El contenido del "servicio" o "actividad" puede ser muy variado, lo que permite agrupar los diversos supuestos según ese tipo de actividad, como haremos en los apartados que siguen.

Con carácter previo, y como una muestra más de la complejidad que supone toda empresa en cuanto alcanza un cierto tamaño, en la práctica es muy común que ciertos aspectos concretos y accesorios precisos para el correcto desenvolvimiento de la actividad se encomienden a empresarios externos a la empresa. En vez de realizar esa labor la propia empresa por medio de empleados propios, la "externaliza" o encomienda a empresarios externos que se dedican profesionalmente a ello. Estos contratos, llamados de *outsourcing* en la terminología anglosajona, no son más que arrendamientos de servicios. No se trata de comisiones o mandatos, pues lo encargado es la realización de un acto material y no de un acto con relevancia jurídica.

Ejemplo

Ejemplos de *outsourcing* son encomendar las labores de vigilancia de la empresa a una empresa de seguridad, la llevanza del comedor de los empleados por una empresa de restauración, la limpieza a una empresa de este tipo o la colocación, mantenimiento y enseñanza del uso de los programas informáticos a una empresa de informática. El empresario puede así centrarse sólo en su labor de producción específica, sin dedicar esfuerzos ni personal a las labores accesorias.

3.3. Contratos de intermediación

3.3.1. Contratos de mandato y comisión

El Código civil define el contrato de mandato como aquel por el que "se obliga una persona a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra" (art. 1709 Cc). Como se aprecia, es un concepto amplio en el que cabe cualquier actuación de una persona por cuenta de otra, actúe en nombre propio o ajeno. Lo relevante es que se realiza una actividad "jurídica", no material; el mandatario realiza un negocio que interesa al mandante, vinculando a éste. El mandato se convierte en "comisión" mercantil, regida, por tanto, por los preceptos del Código de comercio, cuando "tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista" (art. 244 CdeC).

Mandato y comisión son contratos basados esencialmente en la confianza. El principal (mandante o comitente) sólo realizará el encargo a alguien en quien confíe, pues la actuación de éste va a repercutir en su esfera jurídica. Esta característica de ser un contrato basado en la confianza (contrato *intuitu personæ*) explica muchas de sus notas distintivas frente a otras figuras contractuales.

Así, aunque en el mandato civil está permitido al mandatario delegar la ejecución del contrato, salvo prohibición expresa, responde en la mayor parte de los casos de la actuación del sustituto (art. 1721 Cc), y en la comisión mercantil la delegación está prohibida, salvo pacto expreso en contra (art. 261 CdeC); si el mediador no tiene instrucciones concretas, hará lo que según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia (art. 1719 Cc) o lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio (art. 265 CdeC); pero, sobre todo, ese carácter se manifiesta en la libre revocabilidad del contrato (arts. 1732.1, 1733 y ss. Cc y 279 CdeC) y en la extinción por muerte del mediador (arts. 1732 Cc y 280 CdeC), así como en la posibilidad de renuncia del mandatario (art. 1736 Cc).

En estos contratos es fundamental distinguir si el mediador actúa en nombre propio o ajeno, pues ello determina la vinculación del propio mediador o del principal. Si actúa en nombre propio, queda él obligado, no habiendo relación alguna entre principal y tercero; si, en cambio, actúa en nombre del principal, es éste quien queda obligado, no existiendo relación entre mediador y tercero (arts. 1717 Cc y 243 y ss. CdeC). También será preciso acudir a los términos del poder otorgado al mandatario, pues sólo puede actuar dentro de él, y su extralimitación conlleva la vinculación del mandatario (salvo que sea más ventajosa para el mandante, o que éste proceda a su ratificación; arts. 1715 y 1727.2 Cc). De ahí que también al tercero le interese conocer los límites del poder otorgado, pues sólo dentro de tales límites queda obligado el principal.

En cuanto a la retribución, la comisión es, en principio, retribuida salvo pacto en contrario. Para el cobro de las cantidades adeudadas por el principal, el mediador tiene como medio de aseguramiento un derecho de retención de los bienes del principal que tenga en su poder por razón del contrato (arts. 1730 Cc y 276 CdeC). Además, el comisionista mercantil tiene preferencia para el cobro de tales créditos sobre el precio obtenido por la venta de esos bienes (art. 276 CdeC).

El contrato de mandato se extingue por su revocación, por renuncia del mandatario y por muerte, quiebra o insolvencia de alguna de las partes (art. 1732 Cc). Pero lo realizado por el mandatario sin conocimiento de la extinción surte efectos frente a terceros de buena fe (art. 1738 Cc). La comisión se extingue por revocación del comitente (art. 279 CdeC) o muerte del comisionista (art. 280 CdeC).

Cabe señalar, por último, que el Código de comercio establece una serie de reglas especiales para la comisión de compraventa (prohibición de "autoentrada", prohibición de venta a plazos y pacto de garantía) que la doctrina considera en gran medida extrapolables a otros supuestos de comisión. La prohibición de autoentrada (esto es, que el comisionista no pueda ser a la vez el tercero que contrata con el comitente) no es sino una manifestación más de la prohibición del autocontrato. Si el mandatario pudiera, por ejemplo, comprar para sí lo que le encargan vender, es posible que pagara un precio menor al que podría encontrar si buscara a un tercer comprador. La doctrina ha aplicado una serie de excepciones: la autoentrada será posible cuando haya instrucciones precisas del comitente, el precio esté fijado previamente o el comitente la permita desde un principio o la ratifique posteriormente.

Las partes pueden pactar que el comisionista responda de la operación en el caso de que el tercero no lo haga (comisión de garantía; por ejemplo, el tercer comprador del coche del comitente no paga el precio; deberá pagarlo el comisionista, quien podrá repetir el pago, más daños y perjuicios contra el tercero). Ello da una mayor seguridad al comitente, y este pacto se denomina "de garantía". Por esa mayor seguridad, y por el riesgo que supone para el comisionista, el precio de la comisión suele ser más alto en estos casos (art. 272

CdeC). Este pacto es muy común en las operaciones de *factoring* (ved 4.2.4); y la ley impone en los contratos bursátiles que los intermediarios actúen como comisionistas de garantía (como veremos en 4.3.4). También se puede garantizar no ya el cumplimiento por el tercero, sino la propia realización del encargo (de la que, en principio, no se responsabiliza el intermediario). Es una segunda forma de "comisión de garantía" muy común, por ejemplo, cuando las entidades de crédito se comprometen a colocar una emisión de obligaciones de empresas (ved 4.3.3).

3.3.2. Contrato de corretaje

En la intermediación ordinaria, el intermediario es quien contrata con el tercero, bien en nombre propio o del principal. Pero hay ciertos supuestos en los que al principal le interesa conocer la persona del tercero, dada la propia naturaleza del negocio que va a celebrar con él. Por ello quiere que el mediador busque un tercero con una serie de condiciones precisas, para que luego él mismo, el principal, negocie y contrate o no definitivamente con el tercero. Este contrato por el que el mediador busca un tercero con una serie de condiciones para ponerlo en contacto con el principal se denomina de "corretaje". Es un contrato atípico, no regulado en nuestro derecho positivo.

Ejemplo

Ejemplos de corretaje son los de las agencias matrimoniales, o algunos contratos con inmobiliarias para alquilar un piso. En estos casos no son indiferentes al principal las condiciones físicas y personales del tercero, y por ello quiere ser él personalmente quien conozca a la contraparte y "cierre el trato".

En estos contratos de corretaje, la doctrina entiende que el mediador o corredor tiene derecho al precio pactado en caso de que el principal y el tercero lleguen a un acuerdo mediante el que contraten efectivamente. En todo caso, será preciso atender al pacto existente entre las partes, pues tal pacto sobre derecho a la retribución prevalece sobre esa regla. La jurisprudencia, además, ha declarado que el corredor tiene derecho al cobro si las partes a las que puso en contacto acaban cerrando el trato más tarde, incluso una vez terminado el plazo de encargo del corretaje.

3.3.3. Contrato de agencia

La comisión tiene como nota característica ser ocasional, esto es, realizarse para un encargo concreto que haya de realizar el comisionista. Cuando, en cambio, las necesidades de la mediación son continuas y referidas a un sector concreto de la actividad empresarial, el empresario realiza normalmente un contrato por el que el mediador llevará a cabo su representación en ese sector de forma duradera y continuada. A este contrato de mediación se denomina "agencia", y, como se aprecia, se caracteriza frente a la mediación ordinaria por su continuidad y durabilidad. La regulación legal de este contrato ha tenido lugar mediante la Ley de Contrato de Agencia, de 27 de mayo de 1992.

Según el artículo 1 de esta ley, por el contrato de agencia, una persona natural o jurídica denominada "agente" se obliga frente a otra, de manera continuada o estable, 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 ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

Esa continuidad hace que el agente, empresario independiente que se dedica profesionalmente a actuar como mediador, actúe con una dependencia menos acusada que en el resto de los supuestos de mediación.

La remuneración del agente puede consistir en un tanto alzado, en una comisión sobre las operaciones realizadas o ser mixta. El agente, salvo que se pacte lo contrario, no tiene derecho al reembolso de los gastos que le ocasione su actuación. Si se pacta que el agente responde del riesgo de la operación (pacto de garantía), tal pacto debe ser por escrito.

El contrato de agencia se extingue por una serie de causas, como la llegada del plazo pactado o, si no se pactó plazo, por la denuncia del contrato (pues no cabe entender que vincule a las partes de por vida). En tales casos (salvo cuando la extinción se deba al incumplimiento de sus obligaciones por parte del agente), al agente se le indemniza por la clientela, pagándole una cantidad, con un máximo fijado en la ley, en función de que haya incrementado el número de clientes o el volumen de negociación. También se le debe indemnizar, pero sólo si la extinción es por denuncia del empresario, si realizó una serie de inversiones para cumplir el contrato que aún no haya podido amortizar.

Es muy común que en estos contratos de agencia se acuerde entre las partes un pacto llamado "de exclusiva", por el que quien está obligado por la exclusiva sólo puede realizar la actividad de que se trate con la contraparte. De esta forma, ésta se asegura de que todo el esfuerzo y toda la actuación del obligado por la exclusiva serán a su favor.

Si el obligado por la exclusiva es el principal, ello quiere decir que se compromete a no contratar a otro agente o mediador en esa zona; esto favorece al agente, que asegura que toda la actuación de mediación del principal la llevará a cabo él mismo sin competencia de otros mediadores. Si el obligado es el agente, ello significa que sólo podrá actuar como mediador para el principal; esto beneficia al principal, pues supone una dedicación completa del mediador y la imposibilidad de que sirva a intereses de los competidores. Es muy común que la exclusiva se pacte a favor de ambas partes.

Una de las vías para lograr la distribución de bienes es contratar agentes en exclusiva para los diferentes territorios (un distribuidor en exclusiva en España, otro en Francia, otro en Italia, etc.), con lo cual se asegura una distribución en todo el mercado.

3.4. Contratos de distribución, concesión comercial y franquicia

Existen toda una serie de contratos cuya finalidad es la distribución de los bienes o servicios de un fabricante por toda una zona territorial. Esa distribución puede lograrse de muy diversas formas y bajo muy diversas vestiduras jurídicas. En efecto, puede que el distribuidor: a) sea una persona sujeta mediante contrato de trabajo, un empleado, a las órdenes del empresario; b) sea un agente, que actúa bajo el régimen del contrato de agencia (apartado anterior); c) sea un simple comprador de bienes, que luego se dedica a revenderlos bajo su cuenta y riesgo (comprador-revendedor, apartado 2.2.); d) sea un empresario independiente que dedica su establecimiento y su trabajo para la colocación del producto o servicio, supuesto normalmente denominado "contrato de concesión o de franquicia".

Concesión y franquicia

Hay que advertir que utilizamos una terminología puramente convencional. Algunos autores diferencian concesión y franquicia, o utilizan el término de contrato de distribución. Al tratarse de contratos no regulados legalmente, no existe una normativa conjunta que dé conceptos y delimite figuras contractuales. Por eso utilizamos una de las diversas terminologías de diferenciación de contratos utilizada por la doctrina.

La doctrina suele denominar con los nombres de "concesión" y "franquicia" una serie de negocios que tienen en común la colaboración entre dos empresarios: uno que aporta un producto o una marca ya comercializada e introducida en el mercado; y otro que aporta su establecimiento y su trabajo para colocar ese producto o explotar esa marca en una serie de condiciones fijadas.

Ejemplo

Las modalidades son innumerables. Puede que el franquiciado venda los productos de que le abastece el franquiciador bajo su marca (así operan, por ejemplo, muchas cadenas de alimentación y de venta de ropa); que fabrique los bienes bajo las fórmulas, indicaciones y control del franquiciador (por ejemplo, los que tienen licenciada la fabricación de Coca-Cola en cada país), o que preste un servicio de distinto tipo según los parámetros ya conocidos en el mercado del franquiciador (un supuesto paradigmático lo constituyen las cadenas de comida rápida –tipo pizzerías o hamburgueserías–, o las cadenas de hoteles.

Aunque inicialmente era el franquiciado el que realizaba toda la inversión para la implantación del local, es muy común que ahora el propio franquiciador participe en parte de esa inversión con el franquiciado local para así abaratar los costes de éste. Por otro lado, en muchos casos, la distribución de los bienes la realiza el fabricante tanto a través de tiendas propias como de tiendas de franquiciados, si bien externamente el consumidor no puede distinguir si esa tienda es un local más del fabricante o una franquicia.

En todas las modalidades hay en común una colaboración entre el concedente, que ya tiene una reputación adquirida en el mercado de bienes o servicios, y el concesionario, que acerca esos bienes o servicios al público. Igualmente, una característica importante de estos contratos es que el concesionario corre con los riesgos de la operación: él pone el local, paga al personal de atención al público, etc. El concesionario no actúa por cuenta del concedente, sino por cuenta propia, en su propio beneficio. Si el negocio no resulta rentable, la principal pérdida será para el concesionario, que no rentabilizará su inversión. Sin embargo, pese a tratarse de empresarios independientes, el concesionario debe observar en su actividad una serie de reglas que aseguran la "uniformidad" del servicio ofrecido por todos los concesionarios.

Al concedente le resulta esto más provechoso que instalar sucursales en países o zonas extrañas, de forma que explota al máximo su producto en toda una zona sin desembolso alguno y cobrando una serie de cánones. Al concesionario le aporta el buen nombre del producto o servicio que le asegura una clientela estable y una publicidad generalizada, con lo que corre pocos riesgos y se aprovecha de la tecnología, marketing y publicidad del concedente. De esta forma es como se logra una distribución de los productos en zonas amplias sin costes excesivos para las partes. De hecho, el riesgo y el coste financiero lo asume el concesionario, pero con la seguridad de la rentabilidad que le procura el buen nombre del concedente. Otra ventaja de este contrato es que el concesionario conocerá mejor su zona de actuación y podrá adecuar su servicio o su labor de venta a las características de esa zona.

Las cláusulas existentes en estos contratos son muy variadas y dependen además de cada modalidad. Normalmente, se realiza un pacto de exclusiva a favor tanto del concedente como del concesionario (con lo que el concedente reparte el territorio de venta entre concesionarios en exclusiva). El producto o servicio prestado por el concesionario debe ser igual a los de cualquier otro concesionario, y por eso existen toda una serie de instrucciones acerca de cómo debe ser ese producto o servicio. El concesionario paga normalmente por tres conceptos: un canon de entrada, un porcentaje de las ventas realizadas (generalmente decreciente conforme sube el volumen de ventas) y una participación en la publicidad que realiza el franquiciador de los productos y/o servicios ofrecidos.

Cuando el concesionario fabrica los productos creados o patentados por el concedente (lo que se suele denominar "concesión industrial", y que algunos autores exclusivamente conceptúan como contrato de franquicia), existen una serie de cláusulas específicas. En efecto, el franquiciador normalmente estará obligado a prestar asistencia técnica al franquiciado a fin de lograr que la fabricación de éste sea la óptima y acorde con las características del producto. Ello conlleva obligaciones de asistencia técnica, de formación de personal, de provisión de tecnología, asesoramiento sobre las instalaciones y maquinaria, etc. Además, el franquiciador, que normalmente habrá patentado el producto y registrado la marca con que se comercializa, debe permitir el uso de esa patente y marca por medio de un contrato de licencia o de cesión (contrato de transferencia de tecnología, al que hemos hecho referencia en el apartado 2.2.).

Los contratos de concesión y franquicia plantean un problema fundamental, y es que suponen un ataque contra el principio de libre competencia (ved módulo 1). En efecto, al depender los concesionarios en su actuación de las órdenes del concedente, ni son libres en cuanto al desempeño de su actividad ni compiten abiertamente entre sí. Este problema ha motivado que en el derecho comunitario se haya dictado el Reglamento comunitario n.° 330/2010, de 20 abril, sobre la aplicación del art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (que sustituye al anterior Reglamento 2790/99, de 22 de diciembre). Esta norma parte de una valoración positiva de los contratos de concesión y franquicia, pero reconoce que suponen una restricción de la competencia debido a las cláusulas de exclusiva y a la sujeción a las órdenes del franquiciado. Por ello, el reglamento impone una serie de límites a esa exclusividad y determina

qué tipo de órdenes se autorizan porque, aunque suponen una restricción de la competencia, producen unos efectos beneficiosos proporcionalmente mayores.

Así, y entre otras reglas, el reglamento prohíbe que el concedente imponga al concesionario los precios de reventa del producto o servicio, si bien sí puede recomendárselos o fijar unos precios de venta máximos. También se puede pactar en el contrato que el franquiciado no busque activamente clientes fuera del territorio asignado, con ciertos matices; en cambio, no se puede pactar la prohibición de vender a clientes de fuera de esa zona cuando éstos acuden por su propia iniciativa.

3.5. Contratos publicitarios

La publicidad de los productos resulta esencial para dar a conocer a los destinatarios las bondades y características del bien. Como vimos, es un medio que asegura el correcto funcionamiento del mercado porque le confiere transparencia y permite a los demandantes de productos que comparen las diversas ofertas (ved módulo 1).

Los contratos publicitarios se regulan en la Ley General de Publicidad, de 1988, que distingue cuatro clases:

- **Contrato de publicidad**: se celebra entre un anunciante y una agencia de publicidad, a la que se encarga la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma. A menudo engloba contratos de difusión publicitaria y de creación publicitaria.

- **Contrato de difusión publicitaria**: se celebra entre un anunciante o una agencia, de un lado, y un medio de difusión (periódico, radio, carteles publicitarios, televisión). Éste se obliga a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponible y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario.

- **Contrato de creación publicitaria**: una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.

- **Contrato de patrocinio**: el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultura, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.

Las técnicas publicitarias, sin embargo, no se agotan en este repertorio, puesto que han surgido otras formas menos convencionales de publicidad. Así, a veces el anunciante produce o financia un programa televisivo o radiofónico a cambio de que dentro de ese programa se difunda publicidad de la entidad productora (contrato de *bartering*, en la terminología anglosajona). Otras veces, el producto se "coloca", con su marca bien visible, en una serie televisiva

de ficción (es la técnica llamada de *product placement*, que está permitida con ciertos límites). En otras ocasiones, en fin, el titular de un signo o marca que goza de notoriedad consiente su utilización por un tercero como reclamo de productos o servicios de naturaleza colateral. Éste es el llamado contrato de *merchandising* o también de reclamo comercial.

Ejemplo

Entre las diversas modalidades pueden señalarse:

a) cesión de la imagen por parte de una persona famosa, que realiza un anuncio o imagen como usuario de una marca concreta (*personality merchandising*, relacionado con los derechos fundamentales –derecho a la imagen– de esa persona);

b) cesión de derechos de una creación intelectual (*character merchandising*, que consiste, por ejemplo, en que un personaje de ficción participe en la publicidad de un producto –supone la licencia de los derechos de propiedad intelectual sobre ese personaje);

c) licencia sobre una marca para anunciar productos relacionados con ella (*brand merchandising*; por ejemplo, anuncio de neumáticos asociándolos a una escudería de coches de carreras (supone una licencia por parte del titular de la marca a la que se asocia la que se publicita).

3.6. Contrato de transporte terrestre de mercancías

3.6.1. Concepto y normas reguladoras

El transportista es un colaborador del empresario en un sentido económico, en cuanto que logra que sus productos lleguen a todos los territorios. Hasta hace poco, el contrato se regulaba por partida doble en ambos códigos, pero la Ley de 11 de noviembre del 2009, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (en adelante LCTTM), sustituye esta regulación por una única, que ya no distingue transporte civil y mercantil.

Junto a esta ley como norma reguladora fundamental de este contrato, hay que citar la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 30 de julio de 1987, cuyo reglamento es de 28 de septiembre de 1990. Esta ley regula ciertos aspectos administrativos del transporte, como por ejemplo, las condiciones que han de reunir los porteadores para poder actuar como tales (arts. 42 a 45). Existe, además, una Orden Ministerial de 25 de abril de 1997, que establece unas condiciones generales para el transporte de mercancías con el fin de que las partes que lo deseen las pacten como contenido de su contrato.

A partir de ahora nos referiremos al transporte de mercancías por carretera. El transporte de viajeros está muy regulado administrativamente, dado el valor esencial del bien transportado, y las reglas que lo rigen son sustancialmente distintas del transporte de mercancías, dadas las propias diferencias existentes entre la persona y cualquier bien. En los casos en los que el transporte de mercancías por carretera sea internacional, se aplica, como regla general, un tratado internacional, el Convenio de Ginebra de 16 de mayo de 1956 (normalmente llamado Convenio CMR), ratificado por España en 1973. El régimen del transporte de mercancías por mar se recoge en el Código de comercio y

en numerosos convenios internacionales. El transporte de mercancías por aire está regulado en la Ley de Navegación Aérea, de 1960 (modificada en 1969 y 2003). Es también relevante la Ley de Seguridad Aérea de 7 de julio del 2003.

Debe destacarse que, cuando los litigios relativos al transporte no excedan de 500.000 pesetas, conocerán de los mismos las juntas arbitrales de transporte (arts. 37 a 39 LOTT), que son órganos administrativos. Se trata de un verdadero "arbitraje", que sustituye así al proceso judicial, y el laudo dictado no puede ser impugnado por cuestiones de fondo.

3.6.2. Elementos personales y formales

En el contrato de transporte intervienen tres sujetos o posiciones jurídicas claramente diferenciadas: el **cargador** o remitente, que contrata el envío de los bienes; el **porteador** o transportista, que lleva a cabo la labor de transporte; y el **destinatario** o consignatario, a quien se envían las mercancías (puede ser el propio cargador o un tercero).

La doctrina mayoritaria considera que el contrato de transporte no es formal. Los artículos 10 y siguientes LCTTM contemplan la existencia de un documento denominado "carta de porte", pero no se exige como elemento esencial del contrato. De hecho, la carta de porte no se suele expedir normalmente en la práctica comercial. En caso de emitirse, es un documento probatorio del contrato que funciona además como título de tradición. Esto quiere decir que el propietario de las mercancías es el legítimo titular de la carta de porte, de forma que se pueden transmitir las mercancías que estén en viaje con la transmisión del título. El titular de la carta de porte será quien pueda exigir al transportista la entrega de las mercancías.

3.6.3. Obligaciones de las partes

El cargador debe entregar las mercancías al porteador en condiciones adecuadas para su transporte, y además, en principio, debe cargarla y estibarla (esto es, acondicionarla y sujetarla en el remolque). Debe pagar el precio, llamado porte, si la mercancía viaja a "portes pagados" (que viaje a portes pagados o debidos depende del pacto existente entre cargador y destinatario, en el caso de que sean personas distintas).

El cargador responde de los daños que la mercancía sufra en el transporte y por los retrasos producidos por culpa del cargador/destinatario, vicio propio de la mercancía, o por circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir (esto es, caso fortuito o fuerza mayor). Ahora bien, quien debe probar que los daños se debieron a tales circunstancias es el transportista. Dicho de otra forma, el porteador responde, salvo que demuestre que el retraso o avería se debió a las circunstancias señaladas. Esto, de he-

cho, le perjudica notablemente. Por estas razones, el porteador tiene derecho a examinar los bultos y a hacer constar sus objeciones si considera que las mercancías ya están averiadas o mal acondicionadas.

Posiblemente, la norma más relevante en esta materia es la que limita el valor de la responsabilidad del porteador a un tercio del indicador público de renta de efectos múltiples/día por kilo de peso bruto de mercancía perdida o averiada (o sea, para el año 2010, 5,86 euros por kilo de mercancía). Esto es, aunque el daño sea mayor, sólo pagará esa cantidad por kilo; si el daño es menor, lógicamente se pagará el daño. El límite no opera si la avería o retraso fue por dolo del porteador o por una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido. El cargador puede suscribir un seguro que le indemnice en una cuantía mayor, equivalente al daño, pagando la correspondiente prima.

El derecho fundamental del porteador es el del cobro de los portes. El precio fijado, además, se revisará si entre el momento de pactarlo y el de realizar el transporte varió el precio del gasóleo. El cobro lo podrá hacer efectivo sobre el cargador si la mercancía viaja a portes pagados, o sobre el consignatario si viaja a portes debidos. En este segundo caso, si el consignatario no paga, el cargador es responsable subsidiario, de forma que el porteador podría dirigirse contra él. Además, si, llegadas las mercancías, el destinatario no paga, el porteador puede, en un plazo de diez días, depositarlas y pedir la venta de la mercancía suficiente para obtener el precio. Así se facilita su derecho de cobro.

Las acciones derivadas de este contrato prescriben en el plazo de un año.

3.7. Contratos informáticos

Las nuevas técnicas informáticas han permitido la automatización de muchas labores y operaciones de apoyo que se realizaban manualmente en las empresas (gestión de pedidos y facturas, contabilidad, documentos del personal laboral de la empresa, etc.). Existen programas informáticos de gestión de empresas, a menudo específicos para ciertos sectores, que abaratan mucho el coste de gestión, y realizan ésta de forma más efectiva y rápida. Los autores de esos programas, que normalmente lo protegen como propiedad intelectual, lo comercializan para obtener una rentabilidad, y a menudo combinan la licencia del programa con otros contratos accesorios para lograr la total "informatización" de una empresa. Esta operación suele conllevar:

- Contrato de licencia de *software*: el titular del programa o *software* concede un derecho de uso del mismo al empresario. A menudo, el programa se adapta a las necesidades específicas de la empresa, o incluso el programa se crea –a partir de una base– teniendo en cuenta las indicaciones y necesidades de la empresa, lo que supone un coste mayor para el empresario, pero también una mayor eficacia. Normalmente se establece cuántos

y qué ordenadores de la empresa tendrán instalado ese programa y podrán utilizarlo a la vez.

- Contrato de venta e instalación de material informático: a menudo, el licenciante se encarga, además, de proveer y colocar los ordenadores y periféricos adecuados para el programa que licencia. Se trata de una venta "ordinaria".

- Contrato de formación del personal: de ordinario, la empresa informática enseña a los operarios que se van a ocupar del uso del *software*, designados por el empresario, a cómo utilizarlo y sacarle el máximo rendimiento.

- Contrato de asistencia técnica: por último, lo común es que la empresa informática se comprometa, mediante un contrato –y un precio– independiente a los anteriores, a resolver las consultas del empresario y también a reparar averías o fallos del sistema.

- Contrato de *escrow*: se establece que el proveedor o licenciante del *software* entregue una copia del "código fuente" a un tercero. Éste conserva la copia, a la que podrá acceder el licenciatario en ciertos casos pactados (normalmente, concurso del licenciante, cambio en la titularidad o actividad del licenciante, incumplimiento de sus obligaciones, etc.). De esta forma, el licenciante no es el único poseedor del código fuente, lo que le otorgaría una posición dominante excesiva.

Todos estos negocios pueden ir integrados en un contrato conjunto para informatizar una empresa, o pactarse de forma separada. Pero además, existen otros negocios relacionados con programas informáticos con muy diversa utilidad. Así, por el contrato de *back-up* se "deposita" en un centro informático especializado una copia del sistema informático del cliente para que éste pueda recuperarlo en casos de desastre informático (incendio de la empresa, sabotaje, etc.). Periódicamente (cada dos o tres días) se realiza de forma automática una copia del sistema informático para que esté actualizado.

Por otro lado, la contratación informática por Internet abre toda una forma de comercialización de productos, y algunas empresas informáticas se especializan en ofrecer servicios relativos a las páginas web. Cabe distinguir dos tipos de contratos bien diferenciados: en primer lugar, el "contrato de creación de página web", mediante el cual el empresario que quiere anunciar sus bienes o servicios por Internet aporta el texto e imágenes, y el creativo diseña la página, los enlaces (*links*), la disposición de los textos, etc.; en segundo lugar, mediante los "contratos de *hosting* y *housing*", con los que se contrata con un servidor la difusión en Internet de la página web. Obviamente, son necesarios para que la página quede "colgada" en Internet. Normalmente el cliente puede seguir modificando y configurando la página: la empresa informática simplemente provee del "sitio" y facilita el programa para modificar y publicar la página.

La creación de la página web supone una propiedad intelectual del creador, por lo que es preciso pactar si los derechos económicos se ceden al empresario que contrata la creación o sólo se cede el derecho de uso de la página.

3.8. Contratos de guarda y custodia de bienes

En ocasiones, el propietario del bien no puede o quiere custodiarlo y encomienda esa labor a otra persona. El contrato de "depósito" es aquel por el cual una persona guarda un bien de otra con una estricta finalidad de custodia.

La finalidad fundamental del depósito es la custodia o guarda del bien. Precisamente por ello, cuando a tal finalidad se une la posibilidad de uso por parte del depositario no hay verdadero depósito, pues a la custodia se une una función de uso por parte del depositario. De acuerdo con esto, ambos códigos establecen que en tales casos no se aplican las reglas del depósito, sino las del préstamo o las del contrato de que se trate (arts. 1768 Cc y 309 CdeC).

El depósito es un contrato real que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa (arts. 1758 Cc y 305 CdeC). Si es civil, es gratuito, salvo pacto en contrario (art. 1760 Cc), mientras que si es mercantil, será retribuido, salvo pacto en contrario (art. 304 CdeC). El depósito es mercantil cuando el depositario, al menos, sea comerciante, las cosas depositadas sean objeto de comercio y el depósito constituya por sí mismo una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles (art. 303 CdeC). Cabe señalar que en el depósito se da un supuesto legal de "derecho de retención": el depositario puede retener la cosa hasta que se le pague lo debido por el depósito (precio o daños y perjuicios ocasionados, art. 1780 Cc).

Como supuesto especial de depósito, destacamos el realizado en almacenes generales de depósito, que son entidades dedicadas profesionalmente a la custodia de bienes no perecederos (muchos se encuentran, por ejemplo, en puestos fronterizos o en puertos para que los porteadores dejen el bien hasta que lo recoja el siguiente porteador o el propietario). Lo característico de estos depósitos es que los almacenes entregan al deponente una serie de documentos transmisibles, de forma que, aun estando el bien depositado, pueda ser transmitido (o incluso dado en prenda, por medio de la transmisión del título llamado *warrant*) a personas distintas sin necesidad de transmisión física del bien (son, por lo tanto, títulos-valor de tradición).

Aunque la norma no lo configura ni lo denomina como depósito, debe señalarse que la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, regula el contrato de aparcamiento de vehículos, hasta ahora carente de regulación. Afecta a los contratos de estacionamiento no gratuitos, excluyendo, entre otros, los que se realicen en la vía pública (aunque se pague por ello). Esta norma impone al empresario, entre otras muchas obligaciones, que responda de la custodia del vehículo y de los accesorios unidos a él de forma inseparable. El "pacto" contrario (que a menudo constaba en el documento que expide automáticamente la máquina de entrada), según el que no se responde de la sustracción, resulta, pues, inválido.

3.9. Contratos turísticos

La "sociedad del ocio" en la que vivimos ha dado lugar a la proliferación de oferta de servicios turísticos. Hablar de "contratos turísticos" no tiene relevancia jurídica (no existen características jurídicas comunes o específicas de estos contratos), y es una forma de englobar a los negocios que tienen como objeto servicios destinados al turismo. La inmensa mayoría de ellos son contratos atípicos, no regulados legalmente, nacidos a causa de las necesidades reales del turismo.

El contrato de "hospedaje" es el más clásico y antiguo, no está regulado legalmente. Lo más característico es que en él se combinan prestaciones de muy diversa naturaleza: arrendamiento (de una habitación), servicios (de restaurante, de aparcamiento, de limpieza, etc.), custodia (guarda de los bienes que están en la habitación) y demás. De ahí la dificultad de determinar cuáles son las reglas legales aplicables. Se concluye, en general, que lo serán las típicas de la prestación que se incumpla.

Más reciente es la modalidad del "viaje combinado", caracterizada por que se ofertan de forma conjunta servicios de transporte y de alojamiento, y a menudo otros servicios turísticos (visitas guiadas, desplazamientos auxiliares, etc.). Cuando el cliente es un consumidor, sí existe una regulación legal, en los artículos 151 y siguientes TRLGDCU, donde se establecen unos derechos mínimos del consumidor.

El turismo masivo ha ocasionado que los servicios turísticos sean cada vez más cuantiosos y más complejos. De ahí que hayan surgido modalidades contractuales como el contrato de "reserva de cupo de plazas de alojamiento", por el que las agencias de viajes reservan un número determinado de plazas de alojamiento en uno o varios hoteles, y determinan finalmente, en un plazo prefijado anterior, cuántas plazas reales se van a ocupar en la temporada pactada. Es un contrato atípico, pero existen ya formularios contractuales habituales en la práctica. Igualmente complejo es el contrato de "gestión hotelera", por el que el titular de un hotel contrata con una empresa especializada la gestión del mismo. A menudo, el gestor es titular de una "cadena hotelera" que integra al establecimiento gestionado, pero lo relevante es que el riesgo de la actividad (las ganancias o pérdidas) sigue siendo del titular del hotel.

4. Mercado financiero

4.1. Formas de financiación de la empresa: mercado de crédito y mercado de valores

Se denomina "mercado financiero" a aquel en el que empresas y consumidores obtienen financiación. Se trata del mercado en el que se relacionan y ponen de acuerdo las empresas y consumidores que precisan de financiación (normalmente denominados "sujetos deficitarios") y los sujetos que pueden ahorrar y destinan su ahorro a la inversión (ahorrador/inversor o sujeto excedentario).

Esa relación puede producirse de dos maneras, lo que da lugar a dos tipos de mercados distintos:

1) En el **mercado de crédito**, los ahorradores/inversores entregan su dinero a los intermediarios financieros (entidades de crédito, a las que luego haremos referencia), normalmente mediante contratos de depósito, y el intermediario a su vez financia a los sujetos deficitarios (empresarios o consumidores) mediante créditos, préstamos, tarjetas bancarias, descuento, etc. En definitiva, el intermediario presta (a los deficitarios) lo que a él le prestan o depositan los excedentarios. El intermediario celebra dos contratos independientes: con el ahorrador/inversor, de depósito; y con los sujetos deficitarios, de crédito o préstamo. Ahorrador y sujeto financiado no se ponen en contacto, y la entidad de crédito responde frente a cada uno de ellos de las obligaciones del contrato celebrado.

2) En el **mercado de valores**, en cambio, el empresario que precisa financiación emite valores (títulos-valor de pago; ved módulo 4) que son suscritos por el ahorrador/inversor. Estos valores, en realidad, suponen un contrato de préstamo a favor del emisor, de forma que el ahorrador/inversor le presta un dinero a cambio de la devolución del mismo en un plazo y el pago de intereses en los plazos acordados (ved módulo 2, en cuanto a la emisión de obligaciones). En este mercado, los intermediarios financieros (ESI, entidades de crédito) sólo ponen en contacto a las partes, pero no contratan personalmente con ellas. Es el ahorrador/inversor que suscribe el título quien adquiere derechos frente al emisor y viceversa, sin que el intermediario se interponga en esa relación. A su vez, para que el suscriptor del valor pueda deshacerse fácilmente de él sin

tener que esperar a su vencimiento (para que pueda "liquidar" su inversión), se crean mercados donde se puede vender y comprar los valores ya suscritos (el más conocido de ellos es el mercado bursátil).

Otra forma de financiación en este mercado es que la empresa emita acciones o participaciones nuevas, con lo que amplía su capital, para que el ahorrador/inversor los adquiera y pague su precio como aportación al capital (ved módulo 2). En este caso, el inversor ya no se convierte en acreedor titular de obligaciones, sino en socio, con la diferente posición jurídica que ello implica, y su aportación, desde un punto de vista económico, ya no es un "recurso ajeno", sino un "recurso propio", precisamente capital. Si el inversor quiere liquidar su inversión, podrá intentar vender sus acciones o sus participaciones, pero le puede resultar más difícil encontrar comprador. Precisamente por ello, a las grandes sociedades anónimas les interesa normalmente que sus acciones "coticen" en bolsa, pues de esta forma son fácilmente adquiribles y enajenables y el inversor tiene un incentivo más para realizar su inversión: la puede liquidar con facilidad (cuestión distinta es que logre vender por un precio superior al de compra).

Como se aprecia, las dos formas de financiación son completamente distintas, y las obligaciones del sujeto financiado también son diferentes. Normalmente, el interés que se haya de pagar será menor en uno u otro mercado, pero también el tipo de obligaciones asumidas o las condiciones y plazos de pago; y no todas las empresas pueden acceder a ambos mercados con facilidad (sólo una gran empresa muy solvente encontrará suscriptores de sus valores, fiados de su solvencia).

4.2. Mercado de crédito

4.2.1. Los contratos de crédito. El préstamo

La palabra "crédito" viene del término latino *credere*, 'creer', 'tener confianza en'. Y por ello, los contratos de crédito, como el préstamo, son aquellos que se realizan según la confianza que tiene quien acredita en que el acreditado devolverá el dinero, o hará frente a las obligaciones de devolución asumidas. En este sentido, los contratos de crédito tienen un cierto carácter *intuitu personæ*, si bien no son propiamente un contrato basado en la confianza con todas las características de esta categoría.

El contrato tipo (y también, el único típico de los que aquí vamos a estudiar) de crédito es el de préstamo, donde una parte, llamada "prestamista", entrega al prestatario alguna cosa no fungible para que la use por cierto tiempo y la devuelva (en este caso, el préstamo se denomina "comodato"), o dinero u otra cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie o calidad (denominado "mutuo" o "préstamo simple"). El comodato, que es esencialmente gratuito (art. 1740.2 Cc), se rige por los artículos 1741 a 1752 Cc; y dada su poca incidencia en la materia objeto de nuestra atención, no lo vamos a tratar aquí.

Como tantos otros contratos, el préstamo (a partir de ahora utilizaremos este nombre simplemente para designar el mutuo) viene regulado por partida doble en los dos códigos de derecho privado. Las reglas del Código de comercio

se aplican al préstamo mercantil, que es aquel en el que una de las partes contratantes es comerciante y las cosas prestadas se destinan a actos de comercio (art. 311 CdeC). Los demás préstamos son civiles.

En cualquier caso, y como es propio de las deudas de dinero, se debe devolver la misma cantidad recibida, no el mismo valor (principio nominalista). Para evitar las consecuencias perjudiciales de esto en caso de inflación, cabe establecer las "cláusulas de estabilización" (por ejemplo, se devolverá lo recibido incrementado según el IPC).

Como regla general, el préstamo es gratuito, esto es, no devenga intereses, salvo que éstos se pacten entre las partes. Los intereses son, por lo tanto, elemento accidental del contrato. Ahora bien, para que sea válido el pacto de intereses en el préstamo mercantil, el pacto debe constar por escrito (art. 314 CdeC), mientras que en el préstamo civil no se precisa forma alguna. El pacto de estos intereses, que suelen denominarse "remuneratorios", tiene como finalidad evitar las consecuencias negativas de la inflación (dado que, al recuperarse el capital, en realidad se está recibiendo un valor inferior al entregado) y que el prestamista obtenga una ganancia por su actuación.

Distintos de los intereses remuneratorios son los de demora. Aquéllos suponen una contraprestación o remuneración por el beneficio obtenido al poder disponer el prestatario de dinero; éstos son los que se devengan automáticamente por la falta de devolución de la cantidad entregada en el tiempo pactado. El Código de comercio señala que si no se ha pactado su cuantía, ésta será la del interés legal. Los intereses de demora no precisan de pacto alguno, sino que son una especie de compensación por el perjuicio que causa el hecho de la mora en el cumplimiento de la obligación.

Existe una regulación especial de la mora o retraso en el pago de obligaciones entre empresas, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, recientemente modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio. No es relativa al impago de préstamos, sino, en general, al impago de cualquier obligación. Una de las reglas más relevantes es que, en caso de mora, el interés de demora a pagar es el pactado, pero no puede fijarse por debajo del interés del Banco Central Europeo incrementado en siete (7) puntos porcentuales (la ley determina qué se entiende por "interés del Banco Central Europeo"). Si no se pacta nada, ese interés será BCE+7. Además, el acreedor podrá reclamar los gastos de cobro que haya debido soportar.

La ley contra la usura de 23 de julio de 1908 prohíbe que los intereses pactados sean desproporcionados. Aunque el Código de comercio dice que no hay límite en la cuantía de los intereses (art. 315), debe entenderse modificado por esta ley posterior, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo, si bien admite que los intereses en el préstamo mercantil puedan ser superiores a los usuales en un préstamo civil.

En principio, en el préstamo no se produce el "anatocismo", esto es, el que los intereses vencidos y no pagados se computen también para aplicar sobre ellos el tipo de interés pactado en el plazo siguiente (la excepción la establece el artículo 1109 del Cc: los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados). La jurisprudencia admite que las partes puedan pactar que se produzca este efecto (anatocismo convencional). Ade-

más, según el Código de comercio, cabe pactar la capitalización de los intereses líquidos y no satisfechos al cabo de cada plazo, y, al ser considerados como capital, sobre ellos se aplica el tipo de interés (art. 317 CdeC).

Por último, es preciso señalar que si el prestamista recibe el capital sin hacer constar que se reserva el derecho a cobrar los intereses, se extingue la obligación de pagar éstos (arts. 1110 Cc y 318 CdeC). Y el prestatario que paga intereses sin que estén estipulados no puede reclamarlos como pago indebido (art. 1756 Cc).

4.2.2. Crédito al consumo

Ved también

Sobre la protección del consumidor, ved el módulo 1 y el apartado 1.3 de este módulo.

Un régimen especial para los préstamos a favor de consumidores se establece en la Ley de 23 de marzo de 1995, de Crédito al Consumo. Establece un contenido mínimo del contrato, que debe figurar por escrito, y regula lo relativo a temas tales como la modificación del coste total del préstamo, el reembolso anticipado, el uso de títulos cambiarios en el pago de estos créditos, la publicidad, la tasa anual equivalente (TAE), la información sobre anticipos en descubierto, etc. Esta imposición de contenidos contractuales mínimos busca evitar que se abuse o no se informe adecuadamente al consumidor.

De especial importancia es la posibilidad de que si entre el vendedor de un producto y el financiador del mismo existe un pacto para realizar tal financiación, el comprador acreditado podrá oponer al financiador las mismas razones para negarse al pago que podría oponer al vendedor.

> En referencia a la vinculación entre vendedor y financiador, el supuesto se planteó recientemente respecto a personas que habían contratado recibir cursos de idiomas, financiándolos por medio de entidades bancarias (que pagaban a la empresa de idiomas y luego recuperaban a plazos el dinero de los consumidores). A la hora de recibir los cursos, la empresa de idiomas entró en quiebra y no los impartió. Como el consumidor no había recibido el curso, si la entidad bancaria que –a pesar de ello– le reclamaba el precio tenía un acuerdo con la empresa de idiomas para financiar a los usuarios, el consumidor podía negarse válidamente al pago. Las excepciones oponibles al vendedor se "comunican" al financiador. Sin embargo, el consumidor que hubiera acudido a una entidad financiera que no tuviera acuerdo con la empresa de idiomas no podría negarse al pago de la financiación.

Por otro lado, el establecimiento de un límite al interés de los "descubiertos pactados", de 2,5 veces el interés legal, ha servido a la jurisprudencia para fijar esa cifra como una especie de referente para determinar cuándo un interés pactado con un consumidor resulta "desproporcionado" en todo caso (aunque no sea interés fijado para un descubierto pactado).

Aparte de esta norma, la Ley de 31 de marzo del 2009 dicta reglas específicas para la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Fundamentalmente, se obliga a dar una información muy de-

tallada al consumidor acerca de las características del contrato. En la materia de préstamo hipotecario existen, además, normas específicas, contenidas en la Ley de 30 de marzo de 1994 y en la Orden de 5 mayo de 1994.

4.2.3. Operaciones de *leasing*

En el contrato de *leasing* intervienen tres sujetos: el **fabricante** de un bien, la **empresa** *leasing* y el **usuario** del bien. En el supuesto normal, el usuario ordena a la empresa *leasing* que compre el bien al fabricante y luego le permita el uso del mismo por un tiempo determinado y pagando una renta en los plazos pactados. Al cabo del plazo fijado, el usuario puede prorrogar el contrato, darlo por terminado o comprar el bien por el llamado "precio residual", que suele ser muy pequeño. De esta forma, el usuario al que no interesa o no puede comprar un bien determinado puede utilizarlo pagando una renta periódica; y la empresa *leasing* obtiene la ganancia por la diferencia entre el precio del bien y la cuantía total de los plazos pagados.

> Una cierta regulación, pero desde luego nada completa, se contiene en la disposición adicional 7.ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988, que ha sido objeto de modificaciones posteriores. Posteriormente, la disposición adicional 1.ª LVPBM también ha regulado algunos aspectos relativos al incumplimiento del contrato por el usuario y a las formas de reclamación por esta razón.
>
> Este contrato al usuario le suele resultar más provechoso que la compra del bien a plazos, pues aunque las cuotas del *leasing* son caras, las puede deducir en ciertos casos en sus impuestos, al tratarse generalmente de bienes de equipo cuyos gastos se consideran como gastos de la empresa.

El problema fundamental que se plantea en este tipo de contratos es el de las relaciones entre las partes. En principio, hay una relación entre el fabricante y la empresa *leasing*, y entre ésta y el usuario. Por ello, si el bien se muestra defectuoso, el usuario no puede reclamar al fabricante directamente (no hay relación jurídica entre ellos), y a veces la empresa *leasing* excluye expresamente su responsabilidad por defectos del bien. De ahí la necesidad de pactar en el contrato las cláusulas que permitan solucionar los problemas de este tipo (normalmente, se ceden las acciones de reclamación, que son de titularidad de la empresa *leasing*, al usuario). Como cláusulas usuales, en este tipo de negocios se puede decir que es común pactar que la empresa no se responsabiliza de que el bien sea adecuado para las necesidades del usuario (pues lo eligió éste), que el usuario se suele comprometer a pagar los gastos de mantenimiento y reparación del bien, y que suele obligarse a contratar un seguro a favor de la empresa *leasing* para los casos de pérdida o deterioro del bien.

Como modalidades de la figura general se halla el *lease-back*: el propietario de un bien lo vende a la empresa *leasing* y al mismo tiempo lo arrienda mediante el pago de plazos periódicos. Así, el propietario del bien obtiene ahora liquidez y puede seguir usando el bien. En sus previsiones, esto le resulta provechoso, aunque se obligue al pago de los plazos. Distinto del *leasing* es el llamado *renting*, que es un contrato de arrendamiento ordinario y no un *leasing*. La empresa de *renting* tiene un conjunto de bienes que arrienda a los usuarios. Es

ella, por tanto, la que elige los bienes, y no el usuario; tales bienes suelen ser de vida económica muy dilatada (un caso típico son las empresas de alquiler de coches).

4.2.4. Operaciones de *factoring*

Este es también un contrato atípico de naturaleza discutida, debido fundamentalmente a la diversidad de prestaciones que pueden ofrecer las empresas de *factoring*. Éstas se dedican básicamente al cobro de créditos de sus clientes, y en este sentido, su actividad es de colaboración o auxilio al mismo. Sin embargo, a esta prestación básica pueden añadirse otras que cambian por completo la función económica del contrato.

En efecto, lo más usual es que la empresa *factoring* no sólo se obligue a intentar cobrar, sino que asuma otras prestaciones que pueden ser:

a) asumir el riesgo de insolvencia del deudor del cliente, de forma que la empresa paga al cliente aunque ella no cobre del deudor;

b) anticipar el dinero al cliente sin esperar al vencimiento del crédito;

c) es muy común pactar el anticipo de una cantidad del crédito (un 80%, por ejemplo) y dar el resto cuando ese crédito se cobre del deudor. Lógicamente, el precio que cobra la empresa *factoring* por el servicio que presta es mayor cuanta más seguridad dé al cliente, y depende, por tanto, de las condiciones que se pacten.

> Al añadirse esos pactos, como se aprecia, el contrato se aleja de su naturaleza de contrato de mediación para ser más bien un contrato de resultado (una especie de comisión de garantía –ved apartado 3.3.1– en el caso del primer pacto) o un contrato de crédito (parecido a un contrato de descuento, salvo buen fin –ved apartado 4.2.5C–, en el caso del segundo pacto, o de descuento sin recurso si se convienen ambos pactos). De ahí que lo tratemos como contrato de crédito, pues lo más normal es que los pactos lo configuren con esa función económica.

Las entidades de *factoring* y también las de *leasing* se consideran legalmente como "establecimientos financieros de crédito", y se regulan en el RD de 26 de abril de 1996.

4.2.5. Contratos bancarios

La categoría de los contratos bancarios

Dentro de los contratos de crédito, tienen una gran relevancia los contratos bancarios, pues en el fondo, la mayor parte de las operaciones de crédito tienen como soporte la intervención directa o indirecta de una entidad de crédito.

Al hablar de operaciones o contratos bancarios, nos referimos no sólo a las realizadas por los bancos, sino, en general, a todas las realizadas por entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito).

Conforme al artículo 1.I del Decreto legislativo 1298/1986, las entidades de crédito son empresas que tienen como actividad típica y habitual captar fondos del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas que comporten la obligación de restitución, y emplean tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia. Por lo tanto, lo que reciben en depósito lo prestan mediante préstamos. Son tres: los bancos son sociedades anónimas, que buscan el beneficio y lo reparten entre sus socios como dividendos; las cajas de ahorro son fundaciones, sin fin de lucro, que reinvierten los beneficios en su obra social; las cooperativas de crédito (por ejemplo, las cajas rurales) son cooperativas sin fin de lucro, que buscan lograr las operaciones bancarias con sus socios al menor coste posible.

Distintos son los "establecimientos financieros de crédito", que no reciben dinero de sus clientes y se dedican sólo a realizar algunas operaciones financieras; por ejemplo, sociedades de préstamos, entidades de *leasing* y *factoring* o gestoras de tarjetas de crédito.

La inmensa mayoría de estos negocios son atípicos, esto es, no se hallan regulados legalmente, y son fruto de la práctica económica. Existe, sin embargo, alguna regulación de aspectos concretos, como la normativa específica para los contratos de servicios financieros con consumidores comercializados a distancia, constituida por la Ley de 11 de julio del 2007. En ella se establecen normas destinadas a la protección del consumidor (ved lo dicho en el apartado 1.3.) cuando el servicio financiero se prepara y se celebra a distancia (sin presencia física simultánea de las partes). Lo fundamental es que se exige al consumidor una información pormenorizada de ciertos elementos contractuales (art. 7) y el derecho de desistimiento del consumidor en un plazo de catorce días naturales, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna (art. 10). La Ley de 13 de noviembre del 2009, de Servicios de Pago (en adelante, LSP), regula algunos aspectos del pago con tarjetas de crédito o mediante transferencias.

Las operaciones bancarias se suelen estudiar atendiendo al criterio de quién asume la posición de prestamista en la relación jurídica. Así, cuando es el banco el que presta, se habla de operaciones activas; de operaciones pasivas cuando a él le prestan; y de operaciones neutras cuando no hay una relación de crédito, sino un servicio de otro tipo prestado por el banco (depósito, colocación de valores mobiliarios en el mercado, etc.). Aunque las operaciones neutras no son operaciones de crédito, las estudiamos aquí para no romper el conjunto de los contratos bancarios. Antes de tratarlas, vamos a referirnos a un contrato que suele servir de soporte a la mayor parte de las operaciones bancarias y que por sí mismo no supone una operación pasiva, activa o neutra. Nos referimos al contrato de cuenta corriente.

Contrato de cuenta corriente

La cuenta corriente es en sí misma una técnica contable que sirve para instrumentar las diversas operaciones del banco con sus clientes. Ambos acuerdan que todas las relaciones de crédito y deuda que nazcan entre ellos se anotan mediante un sistema de "debe" y "haber", y determinan en el mismo momento de cada operación el saldo resultante a favor de uno de los sujetos.

Cuando son varios los sujetos que pueden disponer del saldo de una cuenta corriente, ésta puede ser **mancomunada** o **indistinta**. Es mancomunada cuando para realizar cualquier disposición (salida de dinero) se exige el consentimiento (la firma) de todos o varios de los titulares. Es indistinta cuando cualquiera de los titulares puede realizar disposiciones sobre la cuenta.

Como la mayoría de los contratos bancarios son contratos atípicos, hay muchos supuestos en los que se plantean problemas sin solución legal y ante los que los bancos deben actuar con la mayor prudencia. En este sentido, se suele crear una práctica bancaria seguida por la mayor parte de las entidades de crédito, y que muchas veces se incorpora a las condiciones generales de cada uno de los contratos posteriormente. El Servicio de reclamaciones del Banco de España, además, emite informes relativos a qué prácticas considera o no acertadas, informes que, aunque no vinculan, suelen ser seguidos por las entidades de crédito.

> De alguna de tales prácticas y cláusulas contractuales es discutible su ajuste a derecho o, al menos, su no abusividad cuando se celebran con consumidores. En este sentido, se plantean los problemas de posibles abusos en las condiciones generales del contrato que en su momento ya se trataron (ved apartados 1.2. y 1.3.). Así, es común pactar que todas las cuentas de un mismo titular funcionen como una cuenta única, de modo que los saldos de una de ellas puedan servir para pagar las deudas de otra; o bien se cobran comisiones simplemente por tener abierta la cuenta, sin un servicio efectivo prestado.

Las operaciones que cabe realizar con soporte en la cuenta corriente son muy diversas y constituyen lo que se llama el "servicio de caja" que presta el banco: domiciliación de recibos y deudas, pago de cheques, servicio de tarjetas de crédito, transferencias, giros, cheques gasolina, cheques de viaje, cajeros automáticos, etc. Estas operaciones dan sustantividad al contrato de cuenta corriente, que, en este sentido, es un contrato accesorio, simple soporte contable de diversas operaciones que, ellas sí, serán operaciones activas, pasivas o neutras.

Operaciones activas

La operación activa más típica es el **préstamo bancario**. Se trata de un contrato de préstamo típico de carácter mercantil. Pero junto a él hay una figura que difiere en muchos aspectos: la "apertura de crédito" o crédito bancario. En ella el banco pone a disposición del cliente una cantidad determinada de dinero y el cliente puede usarla con libertad; al final del plazo pactado pagará los intereses pactados, pero sólo respecto a las cantidades efectivamente dispuestas. Además de tales intereses, se suele pagar una comisión de apertura (un porcentaje sobre el total de la cantidad al principio del contrato) y una comisión de no disponibilidad (un interés que se aplica al dinero no dispuesto por el cliente). La ventaja de este contrato radica en que el cliente puede ingresar dinero en la cuenta corriente, con lo que se amortizará así la cantidad debida en ese momento; luego, paga menos intereses.

Contrato de crédito bancario

Este contrato permite una mayor flexibilidad al cliente, pero es más inseguro para el banco, que en vez de cobrar periódicamente, como es usual en el préstamo, tiene que esperar hasta el final del plazo pactado (normalmente semestral o anual) para ver satisfecha su posición acreedora. Por ello, los créditos sólo se conceden a clientes de confianza y son más caros que el préstamo (normalmente, el interés es un punto o punto y medio mas alto).

En varios aspectos existe una regulación especial de los préstamos hipotecarios. En primer lugar, al establecer ciertas reglas específicas para los préstamos hipotecarios para vivienda inferiores a 25 millones de pesetas (OM 5 de mayo de 1994); y en segundo lugar, al fijar unos costes máximos para el cambio de acreedor hipotecario, de forma que el prestatario (consumidor o empresario) puede acudir a otra entidad que conceda el préstamo más barato, la cual se "subroga" en el préstamo que ya tiene concedido (Ley 2/1994, de 30 de marzo).

La Ley 41/2007 ha establecido que la información relativa a la transparencia, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los préstamos [art. 48.2.a) LDIEC, en la redacción dada por el art. 1 Ley 41/2007].

Si el préstamo hipotecario no es concedido por una entidad de crédito o por sus agentes y el prestatario es consumidor, existe una regulación especial tuitiva del deudor en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Cuando la cuantía del préstamo o crédito solicitado es muy elevada y suponga un gran riesgo para que lo asuma una sola entidad de crédito (o se excede del riesgo que se permite asumir con un sólo cliente), puede realizarse un **préstamo o crédito sindicado**. En él son varias las entidades acreditantes que forman el llamado sindicato. Con ello se diversifica el riesgo, al soportarlo varios bancos, y al cliente le evita tener que acudir a varias entidades; incluso se celebran contratos en condiciones distintas con cada una de ellas. A su vez, las entidades de crédito participantes pueden ceder su posición acreditante a otra entidad o permitir a otro banco que soporte parte de su riesgo.

El interés pactado como contraprestación del préstamo o crédito puede ser un interés fijo o un interés variable. Cada vez es más común que sea variable, esto es, que sea fijado para cada plazo (normalmente de tres o seis meses) con referencia al valor de un interés o de un bien en el momento de su fijación (como el euribor, que es el coste de obtención de recursos en el mercado interbancario comunitario en ese momento). De esta forma, ambas partes ven

que el interés va adecuándose al coste real del dinero y a la marcha general de la economía. En el artículo 8 LCC se establece una regulación del interés variable cuando se concede a consumidores.

El **crédito documentario** es un contrato en virtud del cual el banco, por orden de su cliente, se obliga a pagar a un tercero una cantidad a cambio de la entrega, por este tercero, de una serie de documentos. Ha sido muy utilizado en compraventas internacionales, en las que el banco del comprador satisface al vendedor el precio de la venta, a cambio de los documentos de la misma. Por ello, el vendedor tiene la seguridad de que se le va a pagar, pues el obligado es un banco. Además, la relación tercero-banco es abstracta, independiente de la relación del tercero con el cliente (independiente, por lo tanto, de la compraventa o del negocio existente entre ellos), con lo que la seguridad es aún mayor.

Hay que destacar que existen unas reglas y usos uniformes sobre créditos documentarios que, no constituyendo derecho positivo de ningún país, son, sin embargo, aceptadas como régimen aplicable en la inmensa mayoría de contratos de este tipo. Su última versión es del 2007.

Normalmente, los documentos que el tercero debe entregar al banco para cobrar son el documento del transporte (carta de porte, talón de ferrocarril, conocimiento de embarque), la factura comercial de la venta y la póliza de seguro del bien vendido (que cubre los deterioros en el transporte). Junto a ellos puede haber otros muchos: certificado de origen, factura consular, etc. El banco que paga al vendedor tiene obligación de comprobar que están todos los documentos y que, al menos formalmente, no presentan ningún defecto.

Una operación activa muy importante para las empresas es el **descuento**. Consiste en el anticipo que el banco hace de un crédito no vencido, previo el descuento de un tipo y salvo buen fin. El titular de un crédito no vencido acude a un banco; éste le hace efectivo el importe de ese crédito antes del vencimiento, pero le deduce un porcentaje en concepto de contraprestación. El banco, al vencer el crédito, lo cobrará a su deudor; ahora bien, si éste no le paga, podrá reclamar al cliente que descontó que le devuelva la cantidad recibida y sea él quien intente cobrar (eso significa la cláusula "salvo buen fin"). De esta forma, el cliente obtiene dinero líquido sin esperar al vencimiento de sus créditos, y, aunque es menos cantidad, prefiere esa liquidez para poder adquirir bienes o pagar sus deudas. La entidad de crédito gana la diferencia entre lo que paga al descontar y lo que cobra.

Es muy común que a los clientes que mantienen continuas relaciones comerciales y son de la confianza del banco se les abra una "línea de descuento": se fija una cantidad máxima y el cliente puede descontar créditos hasta el límite de esa cantidad; alcanzado el límite, cada vez que venza un crédito y el banco lo cobre, se pueden realizar otros descuentos hasta esa cuantía. De esta manera se evita tener que realizar numerosos contratos de descuento, uno por cada crédito, cuando ya hay suficiente confianza con el cliente.

El efecto de que el cliente responda de la solvencia del deudor puede excluirse; entonces el descuento se denomina "sin recurso".

Por último, haremos una referencia a las **tarjetas de crédito**. Existe una distinción fundamental entre ellas atendiendo al plazo existente entre la fecha de transacción, de compra, y la fecha del cargo de tal transacción en la cuenta del cliente. Así, cuando el cargo es inmediato, en el mismo momento de realizar la transacción, las tarjetas suelen denominarse **de débito**. Cuando se salda la compra en un plazo prefijado pero corto, normalmente mensual, se suelen denominar tarjetas **de compra**. Y cuando el titular paga en plazos más bien dilatados, son las verdaderas tarjetas **de crédito**, en las que sí se le cobra un tipo de interés por el aplazamiento del pago.

Las tarjetas de débito

Como se aprecia, sólo en las tarjetas de crédito y, en menor medida, en las de compra hay verdadera operación de crédito (anticipo de dinero), pues en las de débito simplemente se realiza una mediación en el pago. Las tarjetas de débito, por lo tanto, no suponen una operación activa del banco, sino más bien una operación neutra.

En las tarjetas existe una triple relación:

1) En primer lugar, entre el **banco** y la **marca emisora** de las tarjetas. Normalmente, en vez de emitir cada banco sus tarjetas, lo cual encarecería los costes y la infraestructura de información y datos, hace un contrato con compañías que emiten tarjetas que ya se utilizan por otros bancos y entidades para poderlas usar él también (así, las tarjetas de las redes 4B, Mastercard, Servired o VISA). Normalmente, este contrato será de franquicia.

2) En segundo lugar, hay un contrato entre el **banco** y el **establecimiento** que acepta el pago con tarjetas. El banco se compromete a hacer frente a los pagos realizados con tarjeta, y el establecimiento le descuenta al banco un porcentaje, de manera que cobra menos del precio total. El establecimiento debe comprobar la regularidad de la tarjeta, la identidad del titular, etc. A partir de la LSP de 13 de noviembre del 2009, el establecimiento puede cobrar al cliente que paga con tarjeta un sobreprecio (de esta forma, puede repercutirle parcialmente el descuento que le hace el banco).

3) En tercer lugar, existe una relación entre el **banco** y su **cliente**. Aquél se obliga a hacer frente a las compras realizadas y éste, a pagar el saldo resultante de las mismas. Normalmente, el titular debe pagar una cantidad anual, pero no realiza ningún otro gasto adicional; no se le cobra porcentaje alguno. El banco obtiene una ganancia por esa cuota anual y por el descuento que le hace el establecimiento, si bien debe, a su vez, pagar a la marca por el uso de la tarjeta. Para garantía del cliente, la Ley de Servicios de Pago establece que si éste pierde la tarjeta o le es sustraída y alguien la utiliza ilegítimamente, el cliente sólo responderá de 150 euros, y el resto de operaciones realizadas las asumirá el banco.

El límite al que acaba de hacerse referencia opera siempre que el cliente haya sido diligente en el cuidado de la tarjeta, y haya notificado sin demora la pérdida en cuanto la haya conocido (arts. 32 y 27 LSP). La Ley de Servicios de Pago, además, permite que los costes del pago con tarjeta se trasladen al cliente, de forma que para éste sea más caro pagar con tarjeta que hacerlo en metálico. Todo dependerá de lo que establezca el vendedor.

Operaciones pasivas: depósito de dinero

El depósito irregular de dinero es la operación pasiva más común. Consiste simplemente en la entrega de dinero por parte del cliente al banco, el cual adquiere su propiedad y se obliga a devolver la misma cantidad más los intereses que se fijen en el tiempo establecido. El régimen varía según sea el plazo en el que pueda ser solicitada su restitución por el cliente deponente. Cuando puede solicitarlo en cualquier momento, se habla de depósitos a la vista. Si se obliga a no pedirlo hasta un momento determinado, se habla de depósitos a plazo o imposiciones. Lógicamente, éstos dan intereses mucho mayores, debido a la seguridad que tiene el banco de no devolver ese dinero hasta un momento posterior.

El depósito irregular es, a nuestro parecer, más un préstamo que un verdadero depósito. De hecho, el artículo 309 CdeC ya dice que se aplicarán las reglas del préstamo mercantil, de la comisión o del contrato que en sustitución del depósito se hubiere celebrado. Se prevé, por lo tanto, que la función económica del contrato no es de custodia, sino la propia del crédito o de la comisión. La cuestión no es teórica, pues si fuera un verdadero depósito, el banco no podría, según considera la mayoría de la doctrina, compensar saldos positivos del cliente con deudas de éste frente al banco, pues lo prohibiría el art. 1202 Cc, aplicable al depósito.

Hay que destacar que actualmente la devolución del importe del depósito está garantizada por el Fondo de Garantía de Depósitos para consumidores y particulares –no para inversores profesionales– en el caso de insolvencia de la entidad de crédito, hasta una cuantía de 100.000 euros por cada titular. Por otro lado, los saldos bancarios a menudo son objeto de prenda para garantizar la devolución de deudas del cliente frente a la entidad de crédito.

Operaciones neutras

Las operaciones neutras no constituyen operaciones de crédito, sino, fundamentalmente, de depósito o de mediación, y por ello su encuadre en este apartado no es del todo correcto. Sin embargo, se tratan aquí para cerrar una visión conjunta de las operaciones bancarias. Tradicionalmente han tenido poca relevancia en la actividad bancaria, pero recientemente ha aumentado su volumen, debido fundamentalmente a que no son riesgo asumido, y por ello no suponen peligro alguno para el banco ni se computan a efectos de los coeficientes y medidas de restricción, y a que las entidades de crédito han perdido presencia en las operaciones activas. De ahí que se haya acudido a las operaciones neutras como forma de aumentar los ingresos y de seguir manteniendo un papel importante en el mercado del dinero.

Las entidades de crédito, además de los depósitos irregulares, que como hemos visto participan de la naturaleza del préstamo y son operaciones pasivas, realizan depósitos ordinarios de bienes no perecederos con función de custodia.

Una especialidad importante la constituyen los casos de "depósito de valores negociables", cuya conservación exija el ejercicio de los derechos incorporados al título. Se habla en este supuesto de depósitos abiertos o depósitos administrados. El ejemplo más característico es el de las acciones de una sociedad anónima. En tales casos la entidad depositaria debe ejercitar los derechos incorporados para obtener un correcto aprovechamiento del título depositado.

Así, en el caso de acciones debe cobrar los dividendos, pagar los dividendos pasivos, canjear los títulos si así se decide, etc. Un problema se plantea en este caso cuando nace a favor del titular un derecho de suscripción preferente; el banco no puede decidir por sí solo si ejercerlo o no, y, si el cliente tampoco comunica qué hacer la actuación del depositario, queda abandonada a su juicio de prudencia (en la práctica, se suele vender el derecho de suscripción).

Desde que la mayoría de las acciones ya no se emiten en "papel", sino como "anotaciones en cuenta" (ved módulo 4), la gestión se ha facilitado mucho y ya no hay que "guardar" el documento, pero, aun así, los bancos siguen encargándose de avisar al titular para que ejercite sus derechos.

A veces estos depósitos abiertos se usan como garantía de operaciones activas, al igual que los depósitos de dinero. El cliente afecta los títulos depositados al cumplimiento de su posición deudora frente al banco, de forma que si no paga sus deudas, el banco puede vender los títulos y quedarse con el dinero correspondiente.

Por otro lado, las entidades de crédito suelen ofrecer un servicio de cajas de seguridad. El cliente, por el pago de un precio, dispone de una llave de una pequeña caja de seguridad donde puede ingresar los objetos que desee. Con ello se asegura el secreto de los objetos depositados y poder cambiar el contenido en cualquier momento sin celebrar un nuevo contrato (a diferencia del depósito ordinario). El negocio se asimila más a un arrendamiento (se alquila un espacio físico del banco) que a un depósito (¿qué se guarda si la caja, por ejemplo, está vacía?). Normalmente, se pacta que, en caso de robo, la responsabilidad del banco y del asegurador se limita a una cantidad fija, independiente del valor de lo que pudiera haber en la caja (valor que el banco, obviamente, desconoce).

La **transferencia** es una orden de abono de una cantidad determinada de dinero de una cuenta corriente a otra. La cuenta beneficiaria puede ser del mismo ordenante o de un tercero y puede estar abierta en esa o en otra entidad financiera. Así el cliente puede realizar pagos a terceros o mover dinero entre sus propias cuentas sin necesidad de desplazar físicamente cantidades de dinero.

Existe una regulación detallada de ciertos aspectos de las transferencias en la Ley de Sistemas de Pago de noviembre del 2009, que armoniza todos estos temas en los países comunitarios para lograr una zona única de pagos en euros (*single euro payments area*, SEPA). Ahí se establecen reglas específicas en cuanto al momento en que la orden debe cumplirse y debe cargarse en la cuenta del ordenante y abonarse en la del beneficiario, así como las consecuencias de los errores en la ejecución de las transferencias.

Parecida a la transferencia es el "giro" mediante el que el cliente ordena poner una cantidad de dinero a disposición de una persona en una entidad financiera determinada. La diferencia con la transferencia, por lo tanto, es la de que no se ordena un abono contable en una cuenta corriente, sino una puesta a disposición de dinero efectivo a favor de un tercero o del mismo ordenante.

Dada su particular posición, los bancos pueden operar como intermediarios óptimos entre los empresarios que desean colocar bonos en el mercado, y los inversores que buscan títulos de alta rentabilidad. Nos remitimos a lo expuesto en el apartado 4.3.3.

4.2.6. Garantías personales

Las garantías que se pueden establecer para asegurar el pago de un crédito pueden ser de dos tipos: reales y personales. Las garantías reales se suelen estudiar en derecho civil. En cambio, las garantías personales dan lugar a un derecho personal, por lo que vamos a realizar una breve referencia sobre las mismas.

La garantía personal se denomina "fianza". Consiste en que el fiador o avalista asuma la obligación de pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste (art. 1822 Cc). De esta forma, el acreedor tiene la seguridad de que, aunque el deudor no le satisfaga su deuda, lo hará el fiador. Por ello, el fiador deberá ser persona solvente, pues si no es así, en la práctica, la garantía pierde operatividad real e interés para el acreedor.

> Las reglas de la fianza en el ámbito mercantil no presentan especialidades notables con las reglas del Código civil. La fianza es mercantil cuando el contrato cuyo cumplimiento se asegura es mercantil (art. 439 CdeC). Debe constar por escrito (art. 440 CdeC), en lo cual se diferencia de la fianza civil.
>
> Existen sociedades, las de Garantía recíproca, cuyo objeto social consiste en afianzar a sus propios socios (ved módulo 2).

La fianza, como toda garantía, tiene un carácter accesorio de la deuda que garantiza, y por ello, si ésta se extingue, con ella también lo hace la fianza. Otras consecuencias de esta característica son que el fiador no puede obligarse a más que el deudor, y si así lo hiciera, se reduce la obligación a la del deudor (ved art. 135.II LC). La transmisión del crédito conlleva también la de sus garantías, y entre ellas las fianzas si las hubiere.

El fiador disfruta, salvo pacto en contrario, de dos beneficios:

1) El **beneficio de excusión** significa que para la responsabilidad del fiador es preciso que no haya bienes del deudor que haya que embargar (art. 1830 Cc). De esta forma, el fiador sólo está obligado a pagar cuando el deudor sea insolvente, si bien debe ser el propio fiador quien indique al acreedor qué bienes del deudor puede embargar.

2) El **beneficio de división** hace que, habiendo varios fiadores (supuesto de cofianza), sólo se pueda exigir a cada uno de ellos la parte proporcional de la deuda afianzada (art. 1837 Cc).

Estos beneficios son excluibles por las partes (de hecho, es muy común), sobre todo en el ámbito mercantil, que el acreedor exija del fiador la renuncia a ambos beneficios como condición de la concesión del crédito o préstamo

que va a ser garantizado. Incluso la jurisprudencia ha entendido (a nuestro parecer, incorrectamente) que, aun no pactándose así expresamente en una fianza mercantil, dado el principio de solidaridad que se predica de este ordenamiento, el fiador no puede solicitar el beneficio de excusión.

El pago de la deuda por parte del fiador hace que éste pueda repetir contra el deudor subrogándose en la posición jurídica del acreedor. El deudor debe indemnizarle la cantidad total de la deuda, los intereses legales de la misma, los gastos ocasionados y los daños y perjuicios cuando procedan (art. 1838 Cc).

Como forma especial de garantía personal, cabe citar las llamadas garantías "a primera demanda", "a primer requerimiento" o "autónomas". En ellas, el emisor de la garantía, normalmente una entidad bancaria, se compromete frente al acreedor garantizado a pagar la deuda garantizada en cuanto el acreedor se lo pida y sin mayores requisitos (a primera demanda). El acreedor no tendrá siquiera que demostrar que intentó cobrar al deudor, y menos aún que éste carecía de bienes para pagarle, pues la garantía es "autónoma" o independiente de la deuda garantizada. Esto facilita la reclamación del acreedor. Ahora bien, si dicho acreedor abusa de su posición y cobra al fiador sin ir antes contra el deudor, éste podrá reclamarle los daños y perjuicios ocasionados por no haberle reclamado antes a él (pérdida de crédito en el sistema bancario, gastos frente al banco, etc.).

También hay que citar las llamadas "cartas de intención" o "cartas de patrocinio", muy extendidas en los últimos tiempos, donde normalmente la empresa madre de una filial a la que se ha concedido o se va a conceder un crédito manifiesta conocer tal crédito y su apoyo a la operación y a la empresa filial en general. Puede que la madre asuma los riesgos de impago, por lo que nos hallaríamos entonces ante una fianza; o puede que simplemente manifieste una buena intención respecto al pago del préstamo, pero sin asumir compromisos jurídicos. En este último caso, la relevancia jurídica de estas "cartas" es casi nula, pero en la práctica dan seguridad a la operación, pues el acreditado confía en que la madre no va a permitir el impago de la filial, con el descrédito que ello conllevaría para el grupo de sociedades donde se integran.

4.3. Mercado de valores

4.3.1. Una aproximación al concepto y función de los mercados de valores. La Ley de Mercado de Valores

Como hemos señalado en el apartado 4.1. de este módulo, las empresas pueden acudir al mercado de crédito para financiarse, y pedir un préstamo, o lograr dinero por medio de la emisión de títulos, que colocan entre el público o entre inversores profesionales. Estos títulos pueden suponer un préstamo del inversor (obligaciones) o una participación en el capital (acciones emitidas en

una ampliación de capital). Para que la emisión de títulos se suscriba con facilidad, es preciso que exista un mercado de valores, una forma organizada de encuentro de emisores e inversores que permita, entre otras cosas:

- una emisión masiva de títulos (que regule el concepto de título, sus clases, requisitos, etc.);
- difundir una información real acerca de los emisores; por ejemplo, con las páginas web de las sociedades cotizadas (ved módulo 2);
- conferir seguridad y credibilidad al sistema (sometimiento de las emisiones a calificación de entidades de *rating*, existencia de intermediarios especializados, organización de un sistema de contratación, publicación de las cotizaciones, etc.);
- dar liquidez al sistema, de forma que el inversor puede vender sus títulos con cierta facilidad.

Con esa finalidad surge la regulación de los mercados de valores, que delimita los conceptos e instituciones precisos que facilitan el cumplimiento de esas funciones. La ley reguladora en España es la Ley de Mercado de Valores, de 1988 (en adelante, LMV), muy modificada posteriormente. Hasta entonces, en nuestro país no existía una regulación de los conceptos básicos (concepto de valor negociable, de mercados primarios y secundarios, etc.), y la ley supuso una modernización importante. Esta ley creó, además, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), un órgano independiente del poder estatal, que vela por la transparencia de los diversos mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores. Con tales fines puede imponer sanciones y dictar normas que regulan la actuación en los mercados de valores.

Los valores negociables que se emiten y negocian en estos mercados se definen como "cualquier otro derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera". El prototipo es la acción al portador de la anónima o las obligaciones (ved módulo 2).

4.3.2. Sujetos que actúan en los mercados. Normas de actuación

En los mercados actúan tres grupos de sujetos; cada uno de ellos tiene un régimen jurídico específico: emisores de títulos, inversores e intermediarios.

Los **emisores** de títulos deben comunicar cualquier información relevante sobre la marcha de la empresa a la CNMV y mantener en secreto cualquier operación que se esté diseñando y que pueda afectar a la cotización. Además, deben cumplir una serie de requisitos para emitir valores o para que los emitidos sean admitidos a cotización.

Ved también

Sobre el régimen de la sociedad anónima cotizada, por ejemplo, ved módulo 2).

Los **inversores** pueden ser particulares (pequeños ahorradores) o inversores profesionales (instituciones de crédito, instituciones de inversión colectivas, etc.). Los primeros tienen una especial protección, pues en caso de concurso de los intermediarios adheridos, el Fondo de Garantía de Inversiones garantiza a cada inversor la cantidad de 100.000 euros.

Los **intermediarios** se agrupan en la categoría general de "empresas de servicios de inversión" (ESI), reguladas ahora por el RD 217/2008, de 15 de febrero. Pueden ser de cuatro tipos:

1) Sociedades de valores: pueden realizar cualquier tipo de operación y actuar por cuenta ajena o propia (esto es, pueden invertir ellas mismas su patrimonio).

2) Agencias de valores: no pueden actuar por cuenta propia, sino sólo por cuenta ajena (siempre lo hacen por mandato de un cliente); además, no pueden asegurar una emisión de títulos ni conceder crédito a los comitentes (ved apartados 4.3.3 y 4.3.4).

3) Sociedades gestoras de carteras: sólo pueden gestionar carteras de valores con arreglo a los mandatos de los clientes y realizar asesoramiento general sobre inversiones.

4) Empresas de asesoramiento financiero: únicamente pueden asesorar sobre las inversiones que se vayan a realizar.

Asimismo, cualquier entidad de crédito que tenga recogido en su objeto social ejercer su función puede actuar como ESI. Igualmente, puede actuar en España como ESI cualquier entidad que esté autorizada para realizar esa función en un país de la Unión Europea (principio de pasaporte comunitario).

Cualquiera de estos sujetos que actúan en el mercado está sometido a unas importantes normas de actuación. La más relevante es la llamada "prohibición de uso de la información privilegiada" (art. 81 LMV). Consiste en que el sujeto que conozca información que no es pública, y que de serlo podría influir de manera apreciable sobre la cotización de los valores a los que se refiere, deberá abstenerse de realizar operación alguna relacionada con esa información ni comunicar tales datos a ninguna otra persona.

Esta conducta podría ser antes también sancionable, pero habría que acudir a preceptos generales de teoría de obligaciones que hacían más difícil una articulación exitosa de la reclamación. Al existir ya esta tipificación, se otorga mayor seguridad al mercado y mayor protección a los inversores y operadores en general.

Los intermediarios deben proteger siempre el interés del cliente y no provocar una evolución artificial de las cotizaciones. Deben establecer las medidas necesarias para impedir el flujo de información entre sus distintas áreas de actividad y departamentos (las llamadas "murallas chinas"), de forma que cada una actúe de independientemente.

4.3.3. Operaciones en el mercado primario de valores

Se llama **mercado primario** a aquel donde se emiten los valores y se "suscriben" (se adquieren por primera vez) por los inversores. Se produce, normalmente, cuando una empresa emite acciones para aumentar su capital o emite obligaciones para lograr financiación.

Puede que esa emisión se suscriba directamente por personas concretas, pero lo más común es lanzarla como una "oferta pública de suscripción" (OPS); así, se da un plazo para que cualquier interesado pueda suscribir el número de valores que desee. Esa oferta debe cumplir unos requisitos fijados legalmente, y está supervisada por la CNMV.

Ejemplo

A veces no se hace OPS porque, por ejemplo, la ampliación de capital se suscribe totalmente por todos los socios, quienes ejercitan su derecho de suscripción preferente; o porque la emisión se hace para que entre un inversor concreto como socio, para lo que se suprime el derecho de suscripción preferente de los socios (ved módulo 2).

Normalmente, para colocar los valores, los emisores contratan a intermediarios financieros (sociedades y agencias de valores, entidades de crédito, etc.) para que encuentren a los posibles suscriptores y gestionen su suscripción. Estos contratos, que engloban varias modalidades, se suelen denominar de "dirección", "colocación", o "coordinación" de emisiones de valores. El intermediario puede comprometerse a colocar todos los valores, a que todos se suscriban; en tal caso, la colocación está "asegurada".

Normalmente, los intermediarios que actúan son varios, y uno de ellos dirigirá y coordinará a los demás. A menudo, además, el director de la operación habrá hecho estudios de mercado para saber qué tipo de valores hay que emitir, o habrá realizado las gestiones necesarias para realizar la emisión.

El aseguramiento de la colocación –que no puede ser realizado por agencias de valores, como vimos– lo puede arrostrar el intermediario bien porque suscribirá los valores para los que no encuentre suscriptor, bien porque los colocará en los fondos de inversión que, de forma indirecta, suele gestionar.

A menudo el emisor de valores pedirá a una empresa especializada que estudie su solvencia y dé su opinión pública acerca del nivel de fiabilidad de la inversión (esto es, de la seguridad de que el dinero pagado por las obligaciones, por ejemplo, y sus intereses serán hechos efectivos a su vencimiento). A esta operación se le llama "calificación de la emisión" y a las entidades que las rea-

lizan, entidades de *rating* (como Moody's, o Standard&Poors). De esta forma, el inversor tiene el criterio de una empresa especializada y puede confiar en que la inversión es segura.

4.3.4. Operaciones en el mercado secundario bursátil

Los títulos ya suscritos originariamente pueden ser luego transmitidos de forma sucesiva. Ese mercado donde circulan los títulos ya suscritos es el **mercado secundario**. La ley regula los mercados secundarios oficiales, esto es, los que están organizados y regulados legalmente, de los cuales el exponente más conocido es la bolsa de valores, por lo que vamos a limitar la exposición a cómo se contrata en la misma. En los mercados oficiales existen intermediarios profesionales que responden de su actuación y del cumplimiento de los terceros, y además entidades centrales de interposición que vigilan el mercado y el cumplimiento de los negocios en él celebrados. Además, los negocios están normalizados y los precios a los que se acaban de celebrar las operaciones (la llamada "cotización") son públicos.

En la bolsa de valores la mayoría de las operaciones se celebra por medio de un sistema informático de contratación, que es el llamado "mercado continuo". Los intermediarios se hallan interconectados al sistema e introducen sus órdenes de compra y venta cuando les conviene, buscando contraparte para las mismas. Para realizar cualquier tipo de adquisición de títulos en bolsa, es preciso dar la pertinente orden de compra o venta a una sociedad o agencia de valores. Toda compraventa de títulos requiere así de un contrato de comisión (ved apartado 3.3.1), en el que el comisionista de compra o venta será una de las entidades referidas. Hay que resaltar que se trata de una comisión de garantía.

> En efecto, el intermediario responde frente al ordenante del cumplimiento del contrato. Si el vendedor no cumple, por ejemplo, el intermediario entregará unos títulos iguales a los comprados al ordenante y luego reclamará al vendedor por su incumplimiento. Lo que, en cambio, no garantiza el intermediario es que va a encontrar comprador o vendedor, contraparte para su cliente. Por otro lado, los intermediarios actúan siempre "en nombre propio", de forma que son ellos los obligados a pagar o entregar los títulos frente a la otra parte (ved apartado 3.3.1).

En la actualidad, en las bolsas sólo se pueden celebrar operaciones al contado, esto es, operaciones en las que la entrega de los títulos y del dinero es inmediata. Sin embargo, tanto comprador como vendedor pueden pedir de una sociedad de valores (no de una agencia de valores, que no está autorizada para ello), o de una entidad de crédito, la concesión de un crédito que cubra parcialmente la operación. De esta forma, se opera, de hecho, como si la operación fuera a plazo, pues el cliente paga o entrega parte del precio o de los títulos en un momento posterior al de la compra. Este sistema de crédito a los comitentes está regulado por una OM de 25 de marzo de 1991.

4.3.5. Ofertas públicas de adquisición

La oferta pública de adquisición de valores (OPA) se halla regulada en el RD 1066/2007, de 27 de julio, que ha modificado sustancialmente el régimen anterior. Como su nombre indica, se trata de una oferta hecha al público para adquirir acciones de una sociedad que cotiza (en vez de adquirirlas poco a poco en compras a distintos titulares). La técnica de la OPA se justifica por dos ideas: hacer público que se quiere adquirir un paquete de acciones para que todos –socios y extraños– lo conozcan; y permitir a todos los accionistas que vendan a un mismo precio y con igualdad de condiciones.

La OPA más conocida, y también la más practicada, es la llamada de "toma de control", que es obligatoria. La LMV ordena que cuando una entidad ya ha alcanzado el control de una sociedad cotizada está obligada a formular una OPA a todos los titulares de acciones o títulos convertibles a un precio adecuado. También es obligatorio realizar una OPA cuando una sociedad que cotiza acuerde dejar de cotizar (la sociedad compra las acciones a los socios que no quieran serlo de una entidad que no cotiza), y cuando se quiera reducir el capital.

A los efectos de la OPA de toma de control, se entiende que se ha alcanzado el control de una sociedad cotizada cuando se tiene un paquete de acciones que suponga el 30% de los votos o más. Para ello, se tienen en cuenta no sólo las acciones de las que sea titular la entidad, sino también aquellas de las que sean titulares las entidades del grupo. El precio ofrecido no puede ser inferior al más elevado que el oferente hubiera satisfecho por esos títulos en los doce meses previos al anuncio de la oferta.

4.3.6. Referencia a las opciones y futuros financieros

Como una muestra del nivel de complejidad al que llegan los negocios financieros, cabe hacer una somera referencia a los llamados "derivados financieros", que son también operaciones de mercados de valores e "instrumentos financieros" que incluso pueden ser contratados, en algunas de sus modalidades, en un mercado secundario oficial existente en España. En el "futuro financiero" las partes pactan desde ahora una compraventa de una cierta cantidad de bienes o de índices financieros, prefijando la cantidad, el precio y el momento de ejecución. Así, ambas partes se aseguran un precio con independencia de cuál sea el del mercado en el momento de ejecución.

De esta manera, por ejemplo, una compañía aérea puede fijar, en el mercado de futuros sobre petróleo, que comprará "x" miles de barriles de petróleo a un precio "y" en enero de 2012. De esta forma, logra desde ahora un precio fijo y calcula ya sus costes y sus precios de billete para ese año. Aunque el petróleo esté muy caro, obtendrá esos "x" miles de barriles con el precio fijado. Lo malo es que, si el petróleo baja de precio, pagará más caro un petróleo cuyo precio de mercado es barato. Pero ella prefiere la seguridad de conocer desde ahora el precio que va a pagar.

En la "opción financiera", el comprador de la opción paga una prima, y a cambio de eso obtiene el derecho a comprar (*call*) o a vender (*put*) una determinada mercancía o un instrumento financiero, en una cantidad prefijada y a un precio determinado, en un momento futuro. De esta forma, el comprador de-

cidirá, en ese momento futuro y en función de cómo esté el precio del mercado, si ejercita la opción (la de compra, si el precio de mercado es más caro que el pactado en la opción; la de venta, si el precio de mercado es más barato).

5. Mercado del riesgo

5.1. Contratos aleatorios y mercado del riesgo

Los contratos de riesgo o aleatorios son aquellos en los que la cuantía de la prestación, su misma existencia o algunas de sus características dependen por completo de la suerte.

En ellos no cabe aplicar las reglas de otras figuras contractuales, dado que es totalmente indeterminado algún aspecto del objeto o prestación del negocio. Normalmente, la contraparte de aquel cuya obligación depende de la suerte realiza una contraprestación a cambio. Pero de tal prestación no cabe predicar, por ejemplo, que sea equivalente al riesgo asumido, sino en un nivel puramente teórico. Es más, las partes especulan en este tipo de contratos y cada una espera que la suerte le favorezca (por ejemplo, al "jugar" en bolsa). Hay un riesgo asumido por ellas que no es equiparable a las reglas normales de los contratos de cambio.

Así, en el contrato de "renta vitalicia", una persona se obliga a pagar a otra una determinada renta mensual (normalmente, en caso de ocurrir un determinado evento) hasta su muerte. El tiempo que durará esta obligación y, consecuentemente, la cuantía pecuniaria de la misma es desconocido y depende del fallecimiento más o menos temprano del sujeto beneficiario. Igualmente, si se pacta pagar una cantidad a partir de la jubilación, si el sujeto beneficiario muere antes de jubilarse, la obligación de la contraparte no se hace nunca efectiva.

Dentro de estos contratos, el prototipo, que es el contrato de seguro, se enmarca además dentro del que podríamos denominar "mercado del riesgo", esto es, el mercado donde se ponen de acuerdo las personas que precisan protegerse del riesgo de que ocurra un evento dañoso (los "demandantes de seguridad" o "demandantes de cobertura") y las que ofrecen cubrir frente a ese riesgo a cambio de un precio (los "oferentes de seguridad o cobertura", que son las compañías de seguro). Todos los consumidores y los empresarios están sometidos a diversos riesgos, y, normalmente, se precaven frente a los posibles daños contratando un seguro. A continuación vamos a exponer brevemente las principales características de este negocio.

5.2. Concepto y características del contrato de seguro

El artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, lo define como "aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura que hay que indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

Mediante este negocio, por lo tanto, el asegurado se previene ante un posible riesgo, de forma que en caso de que suceda, el asegurador le indemnizará por el daño sufrido.

En este contrato hay una serie de conceptos básicos que es preciso tomar como punto de partida para su comprensión.

- El **interés** es la relación de contenido económico que existe entre un bien y una persona. Este concepto sólo es aplicable, en puridad, al seguro de cosas, pues en el de personas no hay una relación de contenido económico, sino una relación personal que, aunque se evalúe en dinero, supone un perjuicio irreparable que nunca se satisface realmente.

- El **riesgo** es la causa del contrato, la razón por la que se celebra el seguro, y consiste en la posibilidad de que acaezca un evento dañoso.

- La **suma asegurada** es la cuantía en la que se asegura el interés, y determina la prima que hay que pagar; opera, además, como límite máximo del valor de la indemnización.

  La suma asegurada cumple así una triple función. Es la cantidad alzada en la que se valora el interés (en el seguro de cosas) o que se determina como cantidad que se debe pagar en caso de siniestro (en el seguro de personas). Por ello determina la prima, pues a mayor suma asegurada, mayor será el valor de la prima. En el caso del seguro de daños será la cantidad máxima que satisfará la compañía (aunque el daño fuera mayor); en el seguro de personas es la cantidad fija que se hará efectiva al beneficiario.

La norma fundamental sobre el contrato de seguro está constituida por la Ley de Contrato de Seguro, antes citada, cuya característica más importante es su imperatividad, pues no cabe otorgar al asegurado menos derechos de los que fija la ley, aunque sí se pueden pactar condiciones más ventajosas para él. Así, se trata de evitar posibles abusos de las compañías sobre sus clientes. Este interés por la defensa del cliente motiva que la ley preste especial interés a las condiciones generales del contrato (sobre este concepto, ved apartado 1.2.), que deben ser claras y precisas. El asegurado debe aceptar específicamente las cláusulas limitativas de sus derechos, que además deben estar resaltadas.

Las cláusulas limitativas no están prohibidas, pero para vincular al tomador deben estar resaltadas y aceptadas expresamente. Cláusula limitativa es la que opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido. Distinta es la cláusula de delimitación del riesgo, que es la que especifica qué clase de éstos se ha constituido en objeto del contrato. La STS 20 abril 2009 considera cláusula limitativa la que, en un seguro de accidentes, limitaba la cobertura a incapacidades declaradas dentro del año siguiente al accidente.

5.3. Sujetos intervinientes en el contrato de seguro

Las compañías aseguradoras deben obtener una autorización administrativa e inscribirse en un registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda para poder operar. Sus requisitos y estructura están regulados por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, texto refundido de 29 de octubre del 2004. Para contratar, estas compañías suelen servirse de agentes mediadores, cuya actividad está regulada en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros Privados.

El **tomador** del seguro es la persona que contrata el seguro con el asegurador; por tanto, asume las obligaciones del contrato y, en concreto, la del pago de la prima. El **asegurado** es el titular del interés objeto del contrato (el propietario del objeto asegurado, normalmente) o la persona cuya muerte, enfermedad, etc., determina el siniestro. El "beneficiario" es la persona que cobrará la indemnización.

Puede que tomador, asegurado y beneficiario coincidan, pero ello no es preciso. Por ejemplo, una persona (tomador) puede asegurar que a la muerte de su padre (asegurado), la compañía pagará una pensión a su madre (beneficiaria). Pero aunque coincidan las tres cualidades en una misma persona, siempre son tres posiciones jurídicas, con una serie de derechos y obligaciones cada una.

Las obligaciones del tomador son las de declarar el riesgo, así como las circunstancias que pudieran agravarlo o disminuirlo, a fin de que el contrato se adecue a ellas. Debe comunicar el acaecimiento del siniestro o daño en los siete días siguientes al mismo. Y debe aminorar el daño ocurrido en la medida de lo posible, pues sólo se le indemnizará por el daño que no hubiera podido evitar, y no por el evitable pero permitido. En cuanto a la obligación de pago de las primas, la ley determina las consecuencias del impago, diferentes según se refiera a la primera o única prima, o a cualquiera de las sucesivas (art. 15 LCS).

Las obligaciones del asegurador son las de entregar la póliza y pagar la indemnización. La ley favorece el desembolso rápido de ésta, pues establece que en los cuarenta días siguientes al daño o siniestro debe satisfacerse la cantidad mínima que se prevea como cantidad debida, y, en tres meses, el resto (arts. 18 y ss. LCS). Además, si existe mora en el pago, se satisfará un interés igual al interés legal, incrementado en un 50%; y si la mora es superior a los dos años, a partir del segundo año el interés no será inferior al 20% de la cantidad adeudada. Este interés no se devenga si la negativa al pago por la aseguradora ha sido justificada (por ejemplo, la reclamación del beneficiario fue excesiva

y, habiendo ido a juicio, se condena a la aseguradora al pago de una cantidad mínima, muy inferior a la reclamada y cercana a la que ya satisfizo dicha aseguradora).

5.4. Seguros de daños

En los seguros de daños rigen tres principios fundamentales.

1) El primero de ellos es que se cubren los daños ocurridos aunque sean causados por culpa del asegurado, pero se excluye siempre su dolo, el daño causado de propósito.

2) En segundo lugar, se aplica el principio de subrogación del asegurador en las acciones que por el daño acaecido pudieran corresponder al asegurado (art. 43 LCS). Como el perjudicado ya ha quedado indemne, el asegurador puede reclamar al causante del daño.

3) Por último, rige el principio indemnizatorio, según el cual el contrato de seguro no puede suponer un enriquecimiento injustificado para el asegurado (art. 26 LCS). Ello se manifiesta fundamentalmente en las relaciones que existen entre la suma asegurada y el interés. Cuando ambos coinciden (seguro pleno), no hay problema alguno, y, acaecido el daño, se indemnizará la totalidad del mismo. En cambio, los casos de desigualdad suponen un desequilibrio al que la ley arbitra diversas soluciones.

Ejemplo

Cuando la suma asegurada es mayor que el interés, se da el supuesto de "sobreseguro". Éste es perjudicial para el tomador, pues como la indemnización nunca superará el interés real, el daño real sufrido, paga una prima superior a la que debiera. Igualmente, es peligroso para el asegurador, pues si no puede demostrarse la desigualdad, pagará una indemnización mayor que el valor real del daño. Por ello ambas partes pueden pedir la reducción de la suma y la devolución del exceso de primas pagadas.

Cuando la suma asegurada es menor que el interés se da la situación denominada "infraseguro". En estos casos se satisfará la misma proporción del daño que la proporción existente entre suma e interés. Por ejemplo, si se asegura un coche de dos millones por un millón (suma asegurada = mitad del interés), sólo se satisfará la mitad de los daños que sufra el bien asegurado.

Las partes pueden pactar lo que se denominan "pólizas estimadas", donde se paga la suma asegurada sin tener en cuenta si excede o está por debajo del interés. En estos casos, las primas suelen ser más elevadas.

El principio indemnizatorio también se manifiesta en los casos en que un mismo riesgo se asegure en varias compañías (seguro doble). El tomador debe notificar a cada una de ellas esta situación, de forma que si ocurre el daño no paguen entre todas más del valor real del mismo (aunque la suma de sumas aseguradas fuera superior al interés).

Si dolosamente no se comunica tal situación y existe sobreseguro, las compañías quedan relevadas del deber de indemnización (art. 32 LCS). Supuesto distinto es el de llamado "coaseguro", en el que varias compañías se ponen de acuerdo para cubrir entre todas, conforme a una serie de pactos, un único riesgo (art. 33 LCS). En este supuesto hay un acuerdo entre los diversos aseguradores, a diferencia del seguro doble.

El daño asegurado puede ser muy variado. La ley contempla hasta siete posibles riesgos que se pueden cubrir. Los más comunes son los seguros contra incendios (arts. 45 a 49 LCS) y contra robo (arts. 50 a 53). También se pueden asegurar las mercancías transportadas por los posibles deterioros que pueden sufrir (arts. 54 a 62 LCS).

Por el seguro de lucro cesante (arts. 63 a 67 LCS), el asegurador indemnizará el rendimiento económico que no ha podido obtener el beneficiario por haber sucedido un hecho dañoso contemplado en el contrato (por ejemplo, la empresa organizadora de un concierto puede celebrar un seguro para que si aquél se suspende por lluvia, cobre de la aseguradora lo que no puede obtener por la venta de entradas, cuyo precio se devuelve). El seguro de caución (art. 68 LCS) obliga al asegurador a indemnizar si el asegurado no cumple sus obligaciones contractuales o legales. El seguro de crédito (arts. 69 a 72 LCS) cubre la insolvencia de los deudores del beneficiario, pues en caso de impago el asegurador satisfará las sumas (de hecho funciona como una especie de garantía personal).

El seguro de responsabilidad civil (arts. 73 a 76 LCS) cubre el riesgo del nacimiento, a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero los daños causados por hechos que dan lugar a responsabilidad extracontractual del asegurado. En estos casos existe una acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora. Un supuesto específico de este seguro es el seguro obligatorio de automóviles, regulado por el Real decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Ejemplo

El seguro de responsabilidad civil es muy común por parte de quienes se dedican al ejercicio profesional (abogados o médicos, por ejemplo, para el caso de que realicen mal su labor y deban responder por negligencia). A menudo lo contratan también las empresas por los daños que causen sus empleados o profesionales, daños de los que responden esas empresas (art. 1903 Cc). La compañía tendrá que responder si el daño fue causado durante el momento de vigencia del contrato (aunque el daño se exteriorice o aparezca cuando el contrato ya no está vigente), si bien esta imputación temporal puede modularse en el contrato.

El seguro obligatorio de automóviles se establece con tal obligatoriedad porque el vehículo de motor es un elemento potencialmente peligroso. El seguro obligatorio cubre hasta una cantidad máxima, a partir de la que, si el daño es mayor, deberá pagar el asegurado. Por eso cabe contratar un "seguro voluntario" que cubra también por encima de esa cuantía. Hay que tener en cuenta que para toda lesión causada por un vehículo de motor (esté asegurado o no el daño, y responda la compañía o el causante), existe un baremo obligatorio de cuantificación de tales lesiones.

El seguro de defensa jurídica (arts. 76.a) a 76.g) LCS) obliga al asegurador a hacerse cargo de los gastos en los que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral. Se cubren los gastos de defensa, pero no la posible condena pecuniaria o multa que se imponga al asegurado. Éste puede elegir al abogado que desee.

5.5. Seguros de personas

En los seguros de personas no se siguen los principios del seguro de daños, no habiendo lugar a la subrogación del asegurador en las acciones del asegurado (el asegurado debe poder perseguir a quienes atenten contra su integridad física) ni rigiendo el principio indemnizatorio, pues evidentemente ninguna cantidad de dinero puede compensar la muerte o la enfermedad de un ser humano. También se suelen cubrir las acciones dolosas del propio asegurado (por ejemplo, el suicidio, si ocurre tras el año de la celebración del contrato)

El seguro de vida puede contemplar como siniestro determinante del pago de la indemnización bien la muerte del asegurado, bien su supervivencia (pasando de una determinada edad, se paga una cantidad alzada o una renta. Funciona como medio de asegurarse una pensión, por ejemplo, al llegar la jubilación).

En estos seguros el asegurado no puede ser menor de catorce años ni incapaz, y debe dar su consentimiento al contrato (salvo, obviamente, que el asegurado sea el propio tomador). El beneficiario puede ser designado de forma revocable o irrevocable. En el segundo caso, ya adquiere un derecho firme a la indemnización si se produce el siniestro, mientras que en el primer caso no hay sino una simple expectativa (la de adquirir el derecho si ocurre el siniestro sin haberse revocado su designación).

Especialidades de este contrato son que el impago de la prima (pasado un plazo no superior a dos años) sólo da lugar a la reducción del seguro. Esta reducción la puede operar también voluntariamente el asegurado. Igualmente, cabe el rescate anticipado de la póliza, percibiendo el beneficiario las cantidades prefijadas según el tiempo de duración del contrato. También cabe pedir anticipos sobre la indemnización definitiva (arts. 94 y ss. LCS).

Entre los seguros de personas, también prevé la ley los seguros voluntarios de accidentes (arts. 100 a 104 LCS) y los seguros de enfermedad (arts. 105 y 106 LCS). Los primeros cubren las lesiones corporales derivadas de una causa violenta, súbita, externa y ajena al asegurado, que produzcan su invalidez o muerte (esto es, cubren las lesiones causadas por accidente, no las causadas por enfermedad, que es un hecho interno al sujeto). Se ha planteado especialmente si la muerte causada por infarto por estrés laboral es un accidente o una enfermedad. En los seguros de enfermedad, el asegurador se obliga a pagar los gastos ocasionados por una enfermedad. Hoy en día, a menudo se pactan seguros parecidos, no contemplados en la ley, donde es la propia aseguradora

la que presta los servicios asistenciales por medio de entidades médicas concertadas: no paga el gasto médico realizado por el asegurado, sino que ofrece el servicio médico.

Resumen

Los consumidores y empresarios deben efectuar multitud de contratos para realizar su actividad normal. Aunque a efectos de su estudio los hemos dividido en cuatro mercados, todos ellos son necesarios e interdependientes, pues satisfacen necesidades parciales de esa actividad.

En los contratos sobre bienes o derechos se busca obtener la propiedad de un bien, normalmente pagando un precio por el mismo (compraventa), o el uso de un derecho preciso para una finalidad posterior (uso de patentes para fabricar un bien, o de marcas para distinguir un producto, o de propiedad intelectual para amenizar un evento, por ejemplo).

En los contratos de servicios, el arrendador busca que el arrendatario realice una actividad concreta. Ésta puede ser una actuación como intermediario, al buscar a terceros que quieran contratar con el mandante o comitente (contratos de comisión, mandato, corretaje y agencia). En otras ocasiones el arrendatario realiza una labor de distribución de los bienes del principal, y logra que éstos se hallen presentes en territorios muy diversos (contratos de distribución, concesión y franquicia), para lo que es preciso transportar los bienes hasta éstos (contrato de transporte). A menudo, el empresario acude a empresas de publicidad para organizar campañas de promoción de sus productos (contratos publicitarios), externaliza áreas concretas de su actividad (contratos de *outsourcing*) o utiliza programas informáticos para gestionar la empresa o para publicitar su actividad a través de la web (contratos informáticos). El servicio que se presta también puede ser de custodia de un bien, o de prestación de servicios turísticos.

La mayoría de consumidores y empresarios, aun siendo solventes, precisan de financiación para realizar su actividad. Esta financiación pueden hallarla acudiendo a entidades de crédito, que prestan el dinero que otros clientes han depositado en ellas. También el empresario puede hallarla emitiendo valores que incorporan un contrato de préstamo, de forma que los inversores que adquieren los valores le entregan un dinero que deberá serles restituido con intereses. Surgen así los mercados de crédito y de valores como formas de financiación.

Por último, para precaverse frente a posibles eventos dañosos, lo común es contratar seguros, de modo que, si sucede un daño, la compañía aseguradora indemnice por el importe correspondiente (contrato de seguro). De esta forma, todos los asegurados juntan las sumas necesarias para sufragar el coste de los daños sufridos por ellos.

Así es como se logran los bienes, derechos, servicios, financiación y seguridad precisos para realizar una actividad empresarial o para llevar una vida normal como consumidor.

Actividades

1. Hallad condiciones generales de la contratación de cualquier bien o servicio (cuadernillos de adquisición de electrodomésticos, de móviles; condiciones generales de seguro, de suministro de gas o telefonía, de préstamo bancario, etc.), leed el listado de cláusulas abusivas de los artículos 85 a 90 TRLGDCU y encontrad condiciones que sean abusivas o, en su caso, condiciones que han sido redactadas expresamente en contemplación de la ley para no ser abusivas.

2. Buscad en Internet el listado de los INCOTERM, y comprended el significado de: a) primero, cada grupo de Incoterms; b) segundo, de un INCOTERM de cada grupo.

3. Haceros con condiciones generales de una venta hecha fuera del establecimiento o de una venta a distancia (por Internet, por televisión, por catálogo o revista, etc.) y comprobad cómo se recoge en ellas el derecho de desistimiento y otras reglas legales relativas a ese tipo de negocios.

4. Leed las SsTS (Sala de lo Civil) de 10 de mayo del 2003 y 16 de abril del 2007, y la STJCE de 7 de diciembre del 2006, relativas al uso de televisores en habitaciones de hotel. Razonad si ver la televisión en una habitación de hotel es "uso doméstico" de la televisión o no.

5. Obtened en una agencia de viajes un condicionado general de viaje combinado y contemplad cómo se recogen los derechos mínimos del viajero recogidos en los artículos 150 y siguientes del TRLGDCU.

6. Entrad en la página web del Servicio de reclamaciones del Banco de España (www.bde.es/webbde/es/secciones/servicio/reclama/reclama.html) e id desplegando, entre otras cuestiones, "Las consultas más frecuentes" y los "Criterios de buenas prácticas bancarias". Leed esos documentos para comprender el alcance y límites de las operaciones bancarias más comunes.

7. Acudid a la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (www.cnmv.es) y abrid los diversos campos, intentando comprender la información que ahí se te brinda. Específicamente, en el campo "Portal del inversor", descargad y leed el documento "Preguntas y respuestas para los inversores minoristas sobre la MiFID", y así en otros campos y menús desplegables. En el campo "Consultas a registros oficiales" podréis encontrar información sobre empresas cotizadas.

8. Mirad la cotización de empresas en el mercado continuo en cualquier periódico económico; comprended cada uno de los datos de los que se informa, con la ayuda de los pies de página o leyenda explicativos.

9. Lograd un cuadernillo de condiciones generales de un seguro cualquiera (de vuestro hogar, del coche, de vida, etc.) y, si es posible, también el documento de condiciones particulares. Leed las cláusulas "limitativas", comprended qué tienen de "limitativas" y observad cómo están resaltadas y qué cláusula se inserta para aceptarlas específicamente.

10. Valorad si en un seguro de retirada del carné de conducir, el hecho de haberse retirado el carné al asegurado por conducir bajo los efectos del alcohol eximiría a la compañía de su deber de indemnizar (alegando que el siniestro se produjo por dolo/culpa grave del asegurado). Ved SsAP Vizcaya (sección 4.ª) 6 de abril del 2005 (AC 2005, 1479) frente a Lugo (sección 2.ª) 28 de mayo del 2002 (JUR 2002, 191442).

Ejercicios de autoevaluación

1. Belén abre en el banco una cuenta corriente que utiliza sólo para domiciliar el pago de unos recibos. Al cabo de un tiempo, le cargan una comisión de 3 euros porque la cuenta no tiene movimientos, comisión que no figuraba en el documento contractual firmado por ambas partes. Cuando acude el banco, éste le comunica que esa comisión sí figura en el documento de comisiones aplicable con carácter general a todos los contratos. ¿Será aplicable a Belén?

2. ¿La compra de pieles para elaborar zapatos, que luego se venderán al público, es civil o mercantil? ¿Y la venta de esos zapatos al consumidor?

3. Pedro compra en Alemania coches de la marca RRR, que, a su vez, usan un motor fabricado según la patente WWW. Los trae a España y los revende aquí, a un precio muy inferior a aquel por el que se venden en España. La empresa RRR, titular de la marca, nos pregunta si podrá impedir a Pedro esta operación.

4. Juana encarga a una inmobiliaria que venda su vivienda. La inmobiliaria encuentra comprador por el precio indicado, Lucas, y formaliza el contrato de venta con él. ¿Quién podrá

exigir el precio a Lucas, Juana o la inmobiliaria? Si la vivienda no cumple las condiciones fijadas, ¿a quién podrá reclamar Lucas?

5. La cadena de gasolineras RRR vende en sus establecimientos elementos auxiliares para la conducción, como aceites de lubricación. ¿Puede imponer a cada titular de una gasolinera el precio de venta de ese aceite?

6. La cabeza tractora utilizada por un porteador ha pasado todos los controles técnicos y revisiones necesarios, pese a ello, un día sufre un fallo mecánico y el porteador tiene un accidente. El porteador puede demostrar que el fallo era inevitable e impredecible (se trata de una pieza que se puede romper en cualquier momento). ¿Quién responde? El daño causado es de un millón de euros. ¿Tendrá que pagarlo por entero?

7. La empresa AAA ha adquirido una licencia de *software* para informatizar la gestión de la empresa (pedidos, facturas, contabilidad, personal, etc.). Nos pregunta si puede exigir una copia del "código fuente" del programa.

8. Hemos aparcado nuestro vehículo en un aparcamiento de pago subterráneo de la ciudad. Un desaprensivo ha forzado la cerradura del maletero y nos ha robado el portátil que teníamos dentro. ¿Responde de ese robo la compañía titular del aparcamiento?

9. Una empresa de *leasing* ha comprado por indicación de LLL una maquinaria, que luego alquila con opción de compra a LLL. Al cabo de unos meses, unos acreedores de LLL embargan esa maquinaria por deudas impagadas, junto con todos los demás bienes situados en la empresa. ¿Podrá hacer algo la empresa de *leasing*? ¿Podría hacer algo si, en vez de un *leasing*, hubiera vendido la máquina a LLL con reserva de dominio?

10. Juana y Mario son novios y abren una cuenta indistinta en la que ingresan sus respectivos salarios. Mario fallece en accidente. Los herederos de Mario notifican esta muerte al banco depositario de los fondos. Juana acude al banco para sacar todo el dinero. ¿Deberá dárselo el banco? ¿De quién es ese dinero?

11. ¿Un fiador de fianza mercantil solidaria podrá oponer al acreedor las excepciones al pago que podría oponerle el deudor principal (por ejemplo, por haberse resuelto el contrato del que nació la deuda)?

12. La sociedad madre de una filial que ha pedido un préstamo al banco B comunica a tal banco que controla la mayoría de las acciones de la filial, que sostiene sus necesidades económicas y que cree firmemente en su futuro. El banco B concede el préstamo, que es finalmente impagado por la filial. ¿Podrá el banco reclamar el pago a la sociedad madre?

13. María es titular de unas acciones de la empresa cotizada CCC y encarga su venta a una agencia de valores AV por un precio PPP. La agencia encuentra comprador, Eduardo, que actúa por medio de la agencia de valores BBB, y cierra el negocio. Llegado el momento de liquidar, el comprador no paga. ¿A quién puede María reclamar el precio?

14. Un conductor atropelló a un peatón en un paso de cebra, por lo que le causó lesiones de las que ha tardado en curarse 200 días; sólo le ha quedado como secuela una pequeña cojera. La compañía de seguros no pagó cantidad alguna hasta que pasaron los 200 días, pues alegaba que no estaban consolidadas las secuelas ni tampoco se había determinado el periodo de lesiones. ¿Podrá el perjudicado pedir intereses de demora?

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. Esa condición general no vincula a Belén. Se trata de una condición general del contrato (prerredactada por el banco, no eliminable por el cliente y redactada para una pluralidad de contratos) que no ha sido "incorporada" al contrato, pues no se informó de la misma a Belén antes de firmar, ni se contenía en el documento contractual. Faltando la incorporación, la cláusula es nula y se mantiene el resto del contrato.

2. Aunque es discutible, en general la doctrina y la jurisprudencia consideran este supuesto como compraventa mercantil: se compra piel para revenderla, transformada en zapato, cumpliendo así los requisitos del artículo 325 del CdeC (ved en este sentido STS 5 de noviembre de 1993). La compra de esos zapatos por el consumidor, en cambio, es civil, pues el consumidor no compra para revender (arts. 325 y 326.1 CdeC). Ved SsTS 3 de mayo de 1985 o 10 de noviembre del 2000.

3. Ni la titular de la marca ni la titular de la patente pueden impedir que quien compra dentro del EEE (Espacio Económico Europeo) un producto marcado o patentado lo revenda en el mismo. Es el principio de "agotamiento comunitario" (art. 36 de la Ley de Marcas). Otra cosa sería si adquiriera el bien fuera del EEE; en este caso el titular de la marca podría oponerse a la comercialización dentro de ese espacio.

4. Todo depende de cómo actuó la inmobiliaria. Siempre operó "por cuenta de" Juana, en interés de ella, pero pudo hacerlo "en nombre propio" (como si comprara el piso para sí) o "en nombre ajeno" (expresando que actuaba por encargo de Juana). Ambas formas de actuar son válidas y dependen de lo pactado entre Juana y la inmobiliaria.

Si la inmobiliaria actuó en nombre propio, el precio sólo podrá exigirlo ella (y no Juana), e igualmente Lucas tendrá que reclamar por posibles defectos a la inmobiliaria. Si la inmobiliaria actuó en nombre ajeno, el contrato es entre Juana y Lucas, con lo que aquélla podrá reclamar el precio y éste exigir las condiciones pactadas.

5. Si el "titular" de la gasolinera es un empleado laboral o un agente comercial de RRR, ésta puede fijar el precio de venta de todos los productos, pues aquéllos actúan en interés de RRR. Si, en cambio, la gasolinera es una franquiciada (esto es, el titular pone el local y costea el personal, y compra el producto a la cadena para luego revenderlo) o un comprador/revendedor, la cadena no puede imponer precios (aunque podrá recomendarlos). Es normal, dentro de una misma cadena, que haya establecimientos que son sucursales o agencias, otros franquiciados e incluso –aunque menos común– compradores/revendedores.

6. Expresamente el artículo 48.2 de la LCTMM establece que los fallos mecánicos del vehículo no constituyen caso fortuito, de forma que responderá el porteador. Pero su responsabilidad se limita a un tercio del indicador público de renta de efectos múltiples/día por cada kilo de peso bruto de mercancía; no ha habido dolo ni infracción consciente y voluntaria del deber asumido (art. 62 LCTMM).

7. Normalmente, las licencias de programas no permiten exigir copia del "código fuente" (que es el sistema operativo del programa), pero el licenciatario sí podrá celebrar un contrato de *escrow* para que dicho código sea custodiado por un tercero, para así poder tener acceso a él si el licenciante desaparece o si no cumple sus obligaciones.

8. Salvo que se haya pactado una responsabilidad especial, en principio la empresa no responde de los accesorios que sean separables del vehículo o de los objetos dejados dentro (art. 3.1.c Ley de Contrato de Aparcamiento de Vehículos). En cambio, sí respondería de la reparación de la cerradura si se demuestra que se forzó dentro del aparcamiento.

9. La empresa de *leasing* podrá alzar el embargo sobre ese bien concreto, demostrando que es de su propiedad, y que LLL es un simple usuario del mismo. Si en vez de un *leasing* hubiera compra a plazos con reserva de dominio, si esa reserva está inscrita en el registro correspondiente, podrá igualmente alzar el embargo, pues así lo establece expresamente el artículo 15.3 de la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

10. La cuestión es discutible, pero el Tribunal Supremo considera, en estos casos, que el banco debe dar todo el dinero a Juana, porque así lo pactó con ella en vida de Mario, y la muerte de Mario nada varía ni añade a ese pacto (SsTS 27 de febrero de 1984 o 7 de julio de 1992). Eso no implica que el dinero sea de Juana; corresponderá la parte de los salarios de Juana a Juana y la parte que se ingresó por el salario de Mario a los herederos de Mario. La cuenta indistinta no modifica esa titularidad ni supone una especie de donación de un titular indistinto al otro (SsTS 8 de febrero de 1991, 5 de julio de 1999 o 29 de mayo del 2000).

11. Sí podrá oponerlas (arts. 1.826 y 1.842 Cc). Ni el hecho de ser mercantil ni el de ser solidaria es relevante a estos efectos. Sería distinto si se tratara de una garantía independiente, pues, en tal caso, no podría oponerlas.

12. La cuestión es discutible. La STS del 16 de diciembre de 1985 consideró que ésta es una carta de patrocinio débil, que no vincula a la sociedad madre.

13. Será la agencia AV quien pague a María, pues el intermediario bursátil garantiza el buen fin de la operación celebrada. A su vez, AV tendría acción para reclamar a BBB, pero nunca a Eduardo, puesto que AV y BBB actuaron en nombre propio, esto es, como si AV fuera el vendedor (y no María) y BBB, el comprador (y no Juan). Todo ello, pese a que ambos saben que ni AV ni BBB son el vendedor y el comprador reales (puesto que son agencias de valores y no pueden comprar para sí ni vender títulos suyos).

14. Sí podrá pedir intereses de demora. A los 40 días hay que pagar el mínimo que ya se pueda conocer, de forma que habría que satisfacer al menos por 40 días de baja y por los gastos ya satisfechos. La obligación de pago no era dudosa, aunque sí la cuantía, por lo que no cabe considerar justificada la falta de pago.

Glosario

agencia *f* Contrato por el que una persona natural o jurídica, denominada "agente", se obliga frente a otra de manera continuada o estable, 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 ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

back-up *m* Contrato por el que se deposita en un centro informático especializado una copia del sistema informático del cliente para que éste pueda recuperarlo en casos de desastre informático (incendio de la empresa, sabotaje, etc.).

carta de patrocinio *f* Carta que envía una sociedad madre a la entidad que está en vías de conceder financiación a una filial de aquélla, por la que la madre se presenta como tal y afirma su convicción de que la filial satisfará el crédito, o incluso se obliga de alguna forma a pagarlo ella si no lo hace la filial.

cláusulas abusivas *f pl* Estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato

comisión mercantil *f* Mandato que tiene por objeto un acto u operación de comercio, siendo comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

compraventa *f* Contrato por el que una de las partes se obliga a la entrega de una cosa, y la otra, a satisfacer un precio cierto a cambio de la misma.

concesión o franquicia *f* Negocio entre dos empresarios por el que uno aporta un producto o una marca ya comercializada e introducida en el mercado, y otro aporta su establecimiento y su trabajo para colocar ese producto o explotar esa marca en una serie de condiciones fijadas.

condición general de la contratación *f* Cláusula predispuesta cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

corretaje *m* Contrato por el que un mediador busca un tercero con una serie de condiciones para ponerlo en contacto con el principal con la finalidad de que ambos contraten.

crédito documentario *m* Contrato mediante el que el cliente de una entidad de crédito da orden a ésta de realizar un pago a un tercero cuando este tercero presente los documentos justificativos del cumplimiento de la obligación pactada entre cliente y tercero.

crédito sindicado *m* Préstamo o crédito que, normalmente por su gran importe, es concedido por un grupo de entidades de crédito que actúan de forma concertada como si fueran un único prestamista.

descuento bancario *f* Contrato mediante el que una entidad de crédito anticipa a un cliente un crédito no vencido, descontando un porcentaje y sin asumir el riesgo de impago del deudor principal.

escrow *m* Contrato por el que el proveedor o licenciante de *software* entrega una copia del "código fuente" a un tercero, a la que podrá acceder el licenciatario en ciertos casos pactados (normalmente por concurso del licenciante, cambio en la titularidad o actividad del licenciante, o incumplimiento de sus obligaciones).

factoring *m* Contrato mediante el que la empresa *factoring* se ocupa del cobro de los créditos del cliente, previa cesión de los mismos, sin asumir el riesgo de impago por el deudor y pudiendo anticipar al cliente el importe de dichos créditos.

fianza *f* Contrato mediante el que una persona, llamada fiador, se compromete frente al acreedor al pago de la deuda del deudor principal para el caso de que éste no lo realice, siguiendo la obligación del fiador con las vicisitudes de la obligación principal y pudiendo negarse al pago por las mismas razones que podría oponerse el deudor.

futuro financiero *m* Contrato por el que las partes pactan desde ahora una compraventa de una cierta cantidad de bienes o de índices financieros, prefijando la cantidad, el precio y el momento de ejecución.

garantía autónoma o independiente *f* Contrato mediante el que una persona, llamada garante, se compromete frente a un acreedor al pago de la deuda de un deudor principal

cuando el acreedor reclame tal pago, con independencia de las vicisitudes de la relación de deuda existente entre deudor y acreedor.

gestión hotelera *f* Contrato por el que el titular de un hotel contrata con una empresa especializada la gestión del mismo.

lease-back *m* Contrato mediante el que el propietario de un bien lo vende a una empresa *leasing*, con lo que obtieene así su precio, y de forma simultánea se lo alquila a dicha empresa, por lo que satisface los plazos pactados para tal uso y añade una opción de compra del bien al finalizar el arrendamiento.

leasing *m* Contrato mediante el que un usuario ordena a la empresa *leasing* que compre el bien al fabricante y luego le permita el uso del mismo por un tiempo determinado y pago de una renta en los plazos pactados; se pacta que, terminado el arrendamiento, el usuario dispone de una opción de compra del bien.

mandato *m* Contrato por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra.

oferta pública de adquisición *f* Oferta hecha a los titulares de acciones de una sociedad cotizada para adquirir esos títulos en iguales condiciones de precio.

outsourcing *m* Contrato por el que actividades accesorias a la principal de una empresa se encargan a profesionales externos especializados en ese sector

préstamo o mutuo *m* Entrada contrato mediante el que una parte, llamada prestamista, entrega al prestatario dinero u otra cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie o calidad.

reserva de cupo de plazas de alojamiento *f* Contrato por el que las agencias de viajes reservan un número determinado de plazas de alojamiento en uno o varios hoteles, y determinan finalmente en un plazo prefijado anterior cuántas plazas reales se van a ocupar en la temporada pactada.

seguro *m* Contrato por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de la cobertura que se va a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas; cobertura recíproca de una necesidad pecuniaria fortuita y valorable en dinero, por parte de personas sometidas a riesgos del mismo genero.

suministro *m* Pacto por el que se fijan una serie de plazos para la entrega y pago de cierta cantidad de bienes en cada plazo. Se trata así de algo parecido a una serie de compraventas sucesivas, ya prefijadas en sus plazos y cantidades.

tarjetas bancarias *fpl* Documentos de plástico que permiten que su titular realice pagos u operaciones en los cajeros automáticos, donde la entidad de crédito emisora se compromete a satisfacer tales pagos u operaciones y a realizar luego el correspondiente cargo en la cuenta del titular de la tarjeta.

valor negociable *m* Cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera.

viaje combinado *m* Contrato donde se recogen de forma conjunta servicios de transporte y de alojamiento y, a menudo, otros servicios turísticos (visitas guiadas, desplazamientos auxiliares, etc.).

Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (dir.) **y Calzada Conde, M. A.** (dra. adjunta) (2009). *Contratos mercantiles* (3 tomos). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.) (2009). *Tratado de contratos* (5 vols.). Valencia: Tirant lo Blanch.

De la Cuesta Rute, J. M. (dir.)**; Valpuesta Gastaminza, E.** (coord.)**; Torrubia Chalmeta, B. y otros** (2009). *Contratos mercantiles*, (2.ª ed., vols. I y II) (1.ª ed., vol. III, 2007). Barcelona: Bosch.

Reglero Campos, L. (coord.) (2007). *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Sánchez Calero, F. (dir.) (2005). *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Sequeira, A.; Gadea, E. y Sacristán, F. (dirs.) (2007). *La contratación bancaria*. Madrid: Dykinson.

Pago y financiación mediante títulos valor

Blanca Torrubia Chalmeta

PID_00156235

Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción 5

Objetivos 6

1. Concepto y clases de títulos-valor 7
1.1. Pérdida de funcionalidad de los títulos-valor. Las anotaciones en cuenta 9

2. Títulos de pago: la letra de cambio 11
2.1. Concepto y requisitos 11
2.1.1. Letra incompleta y letra en blanco 13
2.1.2. Cláusulas potestativas 14
2.2. Utilidad de la letra de cambio 14
2.3. Teoría general de las declaraciones cambiarias 16
2.3.1. Principio de autonomía de las declaraciones cambiarias 16
2.3.2. Declaración por medio de otro 16
2.4. La creación de la letra 17
2.5. La aceptación de la letra 18
2.5.1. Concepto y caracteres 18
2.5.2. Presentación de la letra a la aceptación y falta de aceptación 19
2.6. El endoso 20
2.6.1. Concepto y requisitos 20
2.6.2. Efectos del endoso 22
2.7. El aval 24
2.7.1. Concepto y requisitos 24
2.7.2. Efectos del aval 25
2.8. El vencimiento de la letra 25
2.9. El pago de la letra 26
2.9.1. Pago voluntario 26
2.9.2. La falta de pago. El protesto 27
2.9.3. Reclamación judicial del pago 28

3. Títulos de pago: el cheque 33
3.1. Concepto y diferencias con la letra de cambio 33
3.2. Pago del cheque 34
3.3. Acciones para el cobro del cheque 35

4. Títulos de pago: el pagaré 37
4.1. Concepto y requisitos 37

4.2. El pagaré plazo vista 38
4.3. El problema de los "pagarés en blanco" 39

5. Títulos de financiación: obligaciones, deuda pública..... 40

Resumen..... 42

Ejercicios de autoevaluación..... 43

Solucionario..... 47

Glosario..... 49

Bibliografía..... 50

Introducción

En este módulo estudiaremos los títulos valor, su utilidad, clases y funciones. Los títulos-valor son documentos que incorporan una promesa unilateral de realizar una prestación a favor de quien resulte legítimo tenedor de los mismos. Son, por lo tanto, documentos que incorporan un derecho, de tal modo que la tenencia del documento equivale a la tenencia de ese derecho.

La Ley Cambiaria y del Cheque (LCCh) de 16 de julio de 1985 regula la letra de cambio, el cheque y el pagaré, estableciendo un sistema de obligaciones cambiarias basado en la apariencia y en la buena fe. Esta ley contiene las normas sustantivas relativas a cada uno de estos títulos-valor.

También elaboraremos un estudio somero de otros títulos que incorporan un crédito y que se emiten en serie, entre los que destacan las obligaciones y los títulos de Deuda pública. Por medio de estos, las empresas o las administraciones públicas obtienen financiación. Estos títulos en realidad incorporan un contrato de préstamo de especiales características. La empresa que precisa financiación emite obligaciones por el valor preciso, por cuya venta obtiene un dinero actual, obligándose a restituir en el tiempo fijado el principal, más unos intereses. Los títulos de Deuda pública también participan de estas características.

Objetivos

1. Comprender el funcionamiento del título valor.

2. Valorar la utilidad económica del título valor e identificarla en función de las diversas modalidades.

3. Comprender el funcionamiento de los distintos títulos valor (se recomienda, además, realizar los ejercicios de autoevaluación).

4. Entender la posición jurídica de cada una de las figuras cambiarias y el alcance de sus obligaciones y derechos.

5. Valorar la importancia de determinadas formalidades en orden al ejercicio de los derechos y la exigencia de las obligaciones cambiarias.

6. Ser capaces de completar adecuadamente una letra de cambio, un cheque y un pagaré.

1. Concepto y clases de títulos-valor

El "**título-valor**" es un documento que incorpora una promesa unilateral de realizar una prestación a favor de quien resulte legítimo tenedor del mismo. Se trata, por tanto, de un documento que lleva incorporado un derecho, de tal modo que la tenencia del documento equivale a la tenencia de ese derecho. Esto permite que la circulación de derechos sea mucho más rápida y facilita y da fluidez al tráfico económico de bienes y servicios.

El título-valor presenta importantes ventajas frente a los derechos que no se documentan. Así, para transmitir un crédito no incorporado a un título-valor, es preciso seguir el complicado sistema de la cesión de créditos (arts. 1526 a 1536 Cc, y 347 y 348 CdeC). En cambio, para transmitir un título-valor al portador, basta con su simple entrega, sin más formalidades. Además, un título-valor con vencimiento aplazado puede ser hecho líquido en cualquier momento antes de su vencimiento mediante la operación de descuento. Por otra parte, los títulos que incorporan derechos sobre bienes (títulos de tradición) facilitan su circulación sin necesidad de manipulación material, pues para transmitir las mercancías, no es preciso entregarlas materialmente, y así, unos bienes que se encuentren en tránsito se pueden transmitir antes de su llegada entregando el conocimiento de embarque o la carta de porte que supone su propiedad.

El título-valor puede definirse como documento transmisible cuya posesión es necesaria para ejercitar el derecho literal y autónomo en él mencionado.

Del análisis de esta definición resulta que el funcionamiento de los títulos-valor obedece a tres principios que, si bien con distinta intensidad, los caracterizan.

- **Principio de legitimación**. La simple posesión (en los títulos al portador) o la posesión unida a otros requisitos (por ejemplo, cláusula de endoso en los títulos a la orden) faculta a quien posee el título a ejercitar el derecho sin necesidad de justificar la razón de la adquisición.

- **Principio de literalidad**. El derecho exigible es el que consta en el título y con las características que constan en el mismo. No cabe exigir nada más, aunque se probara que en el pacto por el que se creó dicho título se asumieron otras obligaciones. Por ello, y a fines de lograr una uniformidad, se suele exigir una forma precisa a cada clase de título-valor.

- **Principio de autonomía**. Con el título se ejercita un derecho propio, independiente del que dio lugar, en un principio, a la creación de dicho título e independiente del derecho de los anteriores poseedores. Y ello es así porque se adquiere un título, no la relación personal del deudor o del acreedor. La autonomía del derecho incorporado facilita enormemente la circulación de los títulos, dado que, a diferencia de lo que ocurre con las

obligaciones en general, el nuevo adquirente no subentra en la posición jurídica del anterior; no se coloca en tal posición, sino que adquiere un derecho nuevo.

Ejemplo

Si A paga con una letra de cambio al mecánico B que arregla su coche y B realiza un descuento de esa letra en su banco, A está obligado a pagar al banco (poseedor de la letra), aunque su coche quede mal arreglado. La relación A-B, por la que se crea el documento, no tiene relevancia en la relación A-banco. Este principio de autonomía tiene su fundamento en la necesidad de defensa de la seguridad del tráfico frente a la seguridad jurídica. Si el adquirente no tuviera seguridad de que va a poder hacer efectivo el crédito, no lo admitiría. Por ello, para favorecer la circulación, se le configura como título abstracto (desconectado del negocio por el cual se creó). Quien se obliga por el título crea la apariencia de que va a satisfacer esa obligación, y debe hacer efectiva esa apariencia aunque en su relación jurídica inicial haya un perjuicio. Luego podrá repetir (reclamar) contra el causante del perjuicio, pero, en principio, debe pagar.

Todas estas ventajas explican por qué los títulos-valor nacieron en el ámbito del tráfico económico mercantil de bienes y servicios. La rapidez y seguridad que exige el tráfico mercantil para ser operativo, para que puedan realizarse transacciones en masa, necesita instrumentos jurídicos más ágiles que la transmisión de créditos o la entrega material de los bienes. De ahí nace la idea de incorporar el derecho a un simple documento para permitir un fácil ejercicio del mismo.

Por lo que respecta a las **clases de títulos-valor**, existen diversas clasificaciones, siendo las más significativas la que atiende al contenido del derecho y la que atiende a la forma de designación del titular.

Atendiendo al **contenido del derecho** que incorporan, se distinguen tres tipos: de pago, de participación y de tradición.

- Los **títulos de pago** incorporan un derecho de crédito pecuniario (cheque, letra de cambio, pagaré, obligaciones, títulos de deuda pública, etc.). Estos títulos confieren al tenedor el derecho a obtener una suma de dinero. Se suelen denominar también "efectos de comercio".

- Los **títulos de participación social** incorporan los derechos propios de la cualidad de socio o asociado de la colectividad de que se trate (acciones de la sociedad anónima, por ejemplo). También se les denomina "valores mobiliarios".

- Los **títulos de tradición** incorporan un derecho sobre mercancías, que puede ser de propiedad (carta de porte, conocimiento de embarque, talón de ferrocarril, etc.), de garantía (es el caso del *warrant* en los depósitos en almacenes generales) u otros.

Por la **forma de designación del titular**, se habla de títulos nominativos, al portador y a la orden. Cada uno de ellos precisa diferentes requisitos para su transmisión.

- En los **títulos al portador**, el legitimado para el ejercicio del derecho es el portador, sin otro requisito. La transmisión de estos títulos exige, simplemente, la tradición o entrega de los mismos sin ninguna otra formalidad. Se sobreentiende que también debe concurrir un título de adquisición (compraventa, préstamo etc.), como en todos los demás supuestos de transmisión (teoría del título y del modo).

- Los **títulos a la orden** son los que designan como titular a una persona determinada o a la persona que ésta designe. En un principio, se indica un titular concreto, pero éste puede a su vez designar a otro, este segundo a un tercero, etc. Las letras de cambio o los cheques son títulos a la orden.

  Para transmitirlos es necesario un negocio jurídico, denominado endoso, que es una declaración del titular del documento, firmada por él, en virtud de la que transmite tal documento a la persona que designa. Cuando tratemos las letras de cambio, veremos el concepto y las clases de endoso.

- Los títulos **nominativos** designan a un titular concreto que no puede a su vez designar a otro titular, y ello los diferencia de los títulos a la orden.

  Si al emitir un cheque se hace constar en él la cláusula "no a la orden", significa que queremos que tal cheque no funcione como título a la orden, sino nominativo. El título nominativo no es transmisible como tal título, pues excluye la circulación; por eso sólo cabe transmitirlo como un crédito normal, por el sistema de la cesión de créditos al que ya nos hemos referido.

1.1. Pérdida de funcionalidad de los títulos-valor. Las anotaciones en cuenta

A pesar de que los títulos-valor nacieron para facilitar el tráfico de derechos y de bienes, en la actualidad hay tantos millones de documentos emitidos, que su manipulación resulta casi imposible. La incorporación del derecho al documento supuso un avance en una economía poco desarrollada, pero actualmente es una verdadera rémora para la agilidad del tráfico. Por eso se tiende a sustituir los títulos-valor documentales por simples **anotaciones informáticas**, mucho más "manejables" y que, además, ocupan menos sitio. Las anotaciones se han regulado en el Real decreto de 14 de febrero de 1992 sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles (RD 116/1992), y actualmente operan respecto de la mayor parte de emisiones de deuda pública, de las acciones nuevas de las sociedades que cotizan en bolsa y de las obligaciones que vayan a cotizar en bolsa. La tendencia es terminar englobando la mayor parte de los títulos que se emitan.

La doctrina discute si puede considerarse a estas anotaciones también títulos-valor, con las características antes señaladas respecto a éstos. En el título-valor, el derecho se incorpora a un documento, a una cosa material. En cambio, en la anotación resulta poco más que una metáfora decir que el derecho se incorpora al apunte informático.

Los registros de valores anotados en cuenta se llevan por las entidades legalmente habilitadas para ello (arts. 7 de la Ley de 28 de julio de 1988, del Mercado de Valores (LMV) y 29 a 54 RD 116/1992). La creación de las anotaciones requiere el otorgamiento de escritura pública. La transmisión de la anotación debe constar en el registro, y la transferencia contable produce el efecto de tradición del título. La anotación goza de la nota de la autonomía, pues, en principio, la entidad emisora del título sólo puede oponer al adquirente las excepciones que se derivaban de las condiciones de la emisión, y no las excepciones personales que tuvieran contra anteriores titulares (arts. 9 LMV y 12 RD 116/1992). Las entidades ocupadas de la llevanza del registro pueden emitir un certificado, pero éste nunca puede ser considerado como título-valor; su transmisión nunca supone transmisión de la anotación, únicamente sirven para acreditar la legitimación del titular (arts. LMV y 18 y ss. RD 116/1992).

2. Títulos de pago: la letra de cambio

Nacida en la Edad Media con el objeto de permitir el traspaso de fondos de una plaza a otra, la letra toma su nombre del primitivo contrato de cambio, principal oficio de los banqueros. El cambio, que en un principio fue real (permuta de unas monedas por otras en la misma plaza), tuvo que realizarse un día de plaza a plaza, con lo que el banquero se obligaba a devolver en una determinada plaza las monedas que recibía en la de origen. El cambio de moneda presente por moneda ausente se hacía constar mediante un documento notarial, que servía de prueba de la obligación asumida. No obstante, hasta el siglo XVI, la letra no pasa de ser un mero título de cambio a ser un título de pago. A ello contribuyó la incorporación de la cláusula a la orden y del endoso. Los códigos de comercio de 1829 y 1885 regularán la letra de cambio y extenderán la aplicación de su normativa al pagaré y demás títulos endosables (esto mismo hará la Ley Cambiaria y del Cheque).

2.1. Concepto y requisitos

La letra de cambio es un título-valor emitido por una persona (llamada librador) que ordena a otra (llamada librado) que realice el pago de una cantidad a un tercero (denominado tomador) o a quien éste designe, en un momento determinado.

La letra está regulada por la **Ley Cambiaria y del Cheque** (LCCh), de 16 de julio de 1985. Esta ley, que regula también el cheque y el pagaré, establece un sistema de obligaciones cambiarias basado en la apariencia y en la buena fe y, además de las normas sustantivas relativas a cada uno de los títulos-valor, recoge normas destinadas a resolver conflictos de leyes que puedan surgir en relación con tales documentos.

La letra de cambio es un título formal, esto es, la validez de las obligaciones cambiarias que se contienen en ella queda sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que se establecen en el artículo 1 LCCh, que señala:

"La letra de cambio deberá contener:

1) la denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del título, expresada en el idioma empleado para su redacción;
2) el mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas 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 librador".

La orden de pago lo es de una suma determinada en cualquier moneda admitida al cambio oficial en España. El propio formato oficial incorpora la orden de pago ("pagará Ud. al vencimiento expresado"). Ha de señalarse la moneda, de lo contrario, no estaríamos ante una "suma determinada". La jurisprudencia ha considerado que si falta la moneda pero todos los elementos de la letra son españoles (sujetos, lugar de pago y emisión, etc.), debe entenderse que es la moneda oficial en España, el euro. De todas formas, en el formato oficial de letra actual ya consta directamente la mención "moneda", para advertir al emisor que debe hacerla constar. La suma se pone dos veces: en números y en letras. Si ambas sumas no concuerdan, prevalece la suma puesta en letras, pues se entiende que la escritura con letras es más meditada, se presta menos al error.

El rigor de las formalidades exigidas se refleja en el artículo 2 LCCh, cuando señala que el documento que carezca de alguno de estos requisitos "no se considera letra de cambio". No obstante, existen tres excepciones que recoge este mismo artículo: a) si no se expresa el vencimiento, la letra se considera pagadera a la vista; b) si no hay indicación especial, el lugar designado junto al nombre del librado se considera el lugar del pago y, al mismo tiempo, el domicilio del librado; c) si no se indica el lugar de emisión, la letra se considera librada (emitida) en el lugar designado junto al nombre del librador. También señala que serán cláusulas facultativas todas las menciones puestas en la letra que sean distintas a las del artículo 1 de la LCCh.

Es muy común designar como lugar de pago una cuenta corriente de una entidad de crédito, para lo que incluso hay un recuadro previsto en la letra. En tal supuesto, la entidad de crédito que realizará el pago se denomina *domiciliatario*. Pero no es un sujeto cambiario (no asume ninguna obligación), sino simplemente un lugar de pago.

Impresos de las letras

En los estancos se venden los impresos oficiales de letras de cambio (con diferente precio según vaya a ser la cuantía que se fije en la letra).

Figura 1. Anverso del impreso oficial de letra de cambio.

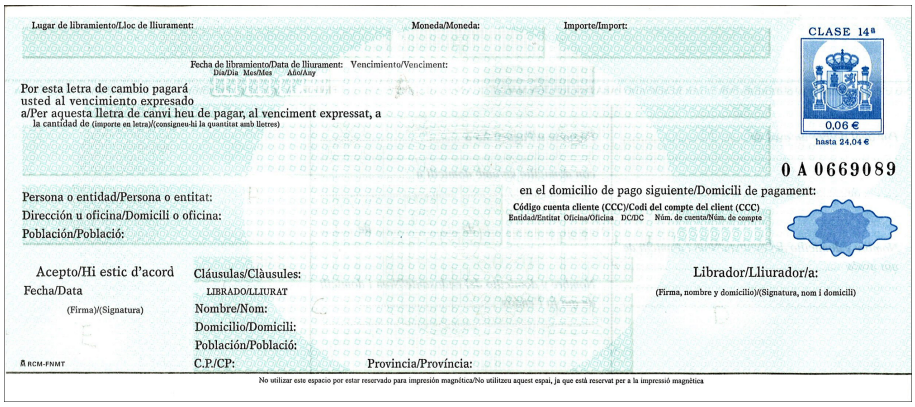
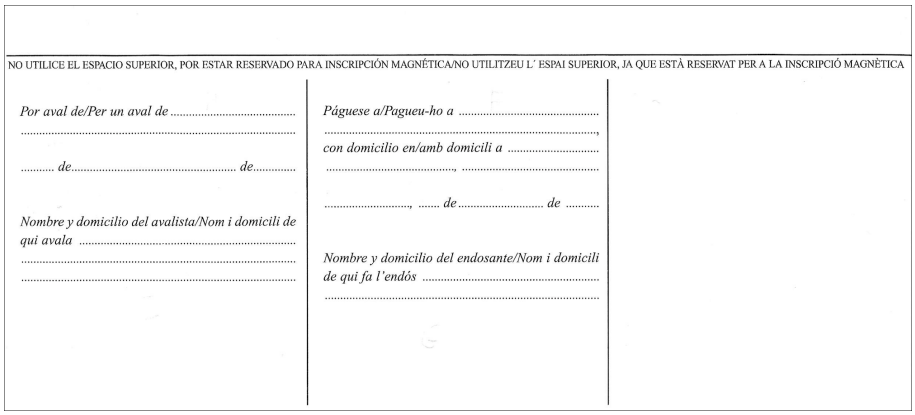


Figura 2. Reverso del impreso oficial de letra de cambio.



La LCCh no exige que el documento se extienda en impreso oficial, pero sí lo hace la Ley sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (art. 37 Real decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados). Si no se extendiera en este documento oficial, el importe de la letra no podría ser exigido en el juicio cambiario especial que regula la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) en los artículos 819 a 827, sino a través del procedimiento ordinario.

Nota

En el juicio cambiario, una vez presentada la demanda, el juez requiere al deudor para que pague en el plazo de 10 días, y ordena el embargo de sus bienes por la cantidad de la letra, intereses de demora, gastos y costas.

> En realidad, la norma fiscal dice que si no se extiende en el documento oficial, se pierde la característica de ser título ejecutivo. Como, desde que entró en vigor la Ley de 7 de enero del 2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC), las letras no son títulos ejecutivos (no dan acceso a un juicio ejecutivo, sino al cambiario), cabe entender que la "sanción fiscal" se refiere al juicio cambiario.

La letra sin eficacia cambiaria por defecto de forma se podrá utilizar como documento para probar las relaciones que han motivado la emisión o transmisión de la letra (venta, préstamo...).

2.1.1. Letra incompleta y letra en blanco

A la letra que carece de alguno de los requisitos esenciales del artículo 1 de la LCCh se le llama **letra incompleta**. Ahora bien, la letra incompleta en el momento de la emisión, puede recoger luego estos requisitos y aparecer en el momento de su vencimiento como título completo. Frecuente en el tráfico

el uso de la **letra en blanco**, que es la que se emite faltando algún dato, con intención de rellenarla posteriormente. En todo caso, debe contener, al menos, la denominación de "letra de cambio" y la firma de algún sujeto cambiario.

Se habla de "pacto de completamiento" para referirse al que establecen las partes sobre el modo en que posteriormente se rellenará la letra.

2.1.2. Cláusulas potestativas

Cláusulas

En el modelo oficial hay un lugar especial donde pone "Cláusulas" y una línea sombreada para hacer constar estas menciones potestativas.

Además de las menciones o cláusulas obligatorias del artículo 1 de la LCCh, la letra puede contener otras menciones potestativas (art. 2.2 LCCh). La ley permite expresamente las cláusulas potestativas de domiciliación de la letra (arts. 5, 26.2 y 43), de letra "no a la orden" (en cuyo caso, el título no será transmisible, sino en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria; art. 14), de aceptación parcial (art. 30), de designación de indicados (personas que aceptarán o pagarán la letra si resulta necesario; art. 70), de pago con intereses (art. 6), la de devolución "sin gastos" o "sin protesto" (dispensando al tenedor de hacer que se levante protesto por falta de aceptación o por falta de pago para poder ejercitar sus acciones de regreso; art. 56), de exoneración del endosante de la garantía de pago y aceptación (art. 18.1), de prohibición de nuevo endoso (art. 18.2) o de prohibición de la aceptación (art. 26).

2.2. Utilidad de la letra de cambio

La utilidad de la letra de cambio como medio de pago radica en tres de sus características fundamentales:

a) la posibilidad de exigir el importe de la misma a través de juicio cambiario;

b) la solidaridad de los sujetos obligados;

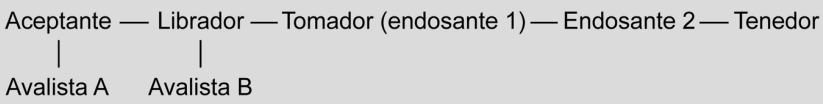
c) la abstracción de su deuda.

El importe de la letra, como se ha señalado, es exigible judicialmente por medio de un juicio especial, el juicio cambiario (arts. 819 a 827 LEC), en el que, a la vez que se le requiere al deudor para que pague, se embargan sus bienes en cantidad suficiente para el pago del principal, intereses y costas. Además, el acreedor no tiene que demostrar su condición de tal; le basta con ser titular del documento.

De otra parte, frente al tenedor de la letra, llegado su vencimiento, están obligados todos los sujetos que hayan firmado la letra como aceptante, librador, tomador o endosante. Y esta obligación es solidaria. El tenedor puede reclamar a cualquiera de ellos la cuantía entera de la deuda, sin observar orden alguno. Ello otorga una gran seguridad al cobro si hay más de dos obligados, pues todos se convierten en deudores solidarios, y el tenedor puede ir contra el que considere más solvente de entre todos ellos. Es más, en la letra de cambio

pueden intervenir avalistas, que aunque en principio intervienen avalando a un sujeto concreto (aceptante, librador, etc.), jurídicamente se convierten también en deudores solidarios.

Contra el aceptante (y sus avalistas si los hubiere), la acción que se puede dirigir se denomina **acción directa**. Contra los demás sujetos cambiarios, la acción oponible se denomina **de regreso**. Para ejercitar la acción de regreso es preciso presentar la letra al pago en tiempo y acreditar la falta de pago de la misma. En cambio, esto no es preciso para ejercitar la acción directa. El que pagó ante la reclamación del tenedor puede a su vez repetir el pago contra los sujetos anteriores a él (de acuerdo con el siguiente gráfico), pero no contra los posteriores, que quedan ya liberados.



El aceptante está obligado frente a: su avalista (avalista A), el librador, el avalista del librador (avalista B), el endosante 1, el endosante 2 y el tenedor si paga la letra, libera al resto de obligados.

El avalista del aceptante (avalista A) está obligado frente a: el librador, el avalista del librador (avalista B), el endosante 1, el endosante 2 y el tenedor si paga la letra, libera a todos los obligados menos al aceptante.

El librador está obligado frente a: su avalista (avalista B), el endosante 1, el endosante 2 y el tenedor si paga, libera a todos los obligados menos al aceptante y al avalista de éste.

El avalista del librador (avalista B) está obligado frente a: el endosante 1, el endosante 2 y el tenedor si paga, libera a todos menos al aceptante, el avalista de éste y al librador.

El endosante 1 está obligado frente a: el endosante 2 y el tenedor si paga, sólo libera al endonsante 2.

El endosante 2 está obligado frente a: el tenedor si paga, no libera a ningún obligado.

En último lugar, se facilita el cobro por cuanto que frente a terceros la letra es abstracta. La letra se emite porque entre librador y librado hay una relación que se denomina "relación subyacente" (por ejemplo, el librado debe un dinero al librador y le paga aceptando una letra. La deuda es la relación subyacente). A su vez, entre librador y tomador hay una relación que justifica la designación de esa persona como tomador (por ejemplo, el librador debe un dinero al tomador y se propone pagarle designándole como acreedor del librado). Esta relación no se extingue con la emisión de la letra de cambio, sino que sigue existente. Frente a terceros sujetos cambiarios, tal relación no tiene relevancia alguna.

Lo que ocurra con la deuda entre librado y librador no afecta al tomador y a los sucesivos sujetos cambiarios. Ello da mayor seguridad al cobro, pues el aceptante, librador, etc. se obligan a pagar (frente a sujetos cambiarios que sean terceros respecto de la relación subyacente) independientemente de la razón por la que en un principio se obligaron.

El aceptante acepta pagar y, aunque luego se pruebe que la deuda por la que se obligó a pagar no existía, sigue estando obligado frente a todos los sujetos cambiarios. Y si paga, podrá repetir contra el librador mediante una acción causal o de enriquecimiento injusto.

Hay que decir, no obstante, que el uso de letras de cambio como forma de pago de deudas se ha visto muy disminuido en los últimos tiempos, siendo sustituido en parte por la emisión de pagarés o por otros documentos. En muchos casos, el juicio cambiario (anteriormente, juicio ejecutivo) no es tan rápido y fácil para obtener el cobro como se desearía y, pese a la abstracción de la letra, el número de excepciones oponibles al pago es tan amplio que se pierde la rapidez que debería caracterizar a estos litigios.

2.3. Teoría general de las declaraciones cambiarias

2.3.1. Principio de autonomía de las declaraciones cambiarias

Las obligaciones cambiarias son autónomas unas de otras. Por ello, la falsedad o vicio de una declaración, aun la del librador, no invalida las obligaciones de los demás firmantes.

Así lo recoge la LCCh en el artículo 8 cuando señala que "cuando una letra de cambio lleve firmas de personas incapaces de obligarse (firmas falsas) de personas imaginarias, o firmas que por cualquier otra razón no puedan obligar a las personas que hayan firmado la letra, o aquellas con cuyo nombre aparezca firmada, las obligaciones de los demás firmantes no dejarán por eso de ser válidas". Por lo tanto, cuando aparezca una declaración falsa, el firmante aparente no responde. Ahora bien, él deberá demostrar la falsedad de la firma.

En el caso de falsificación de una declaración cambiaria, los firmantes anteriores a la falsificación responden conforme a lo que aparecía. Por el contrario, los firmantes posteriores responderán conforme a lo falsificado. El problema radica en que los que firmaron antes de la falsificación puedan realmente probar qué texto aparecía antes de tal falsificación.

2.3.2. Declaración por medio de otro

Todas las declaraciones cambiarias pueden realizarse mediante representante. Además es necesario hacerlo así, por ejemplo, cuando el que declara es persona jurídica. La LCCh exige en el artículo 9 a los que firmen en nombre de otro:

- que estén autorizados para ello con poder de las personas en cuya representación actúan,

- que lo expresen claramente en la antefirma.

Además, declara que se presumirá que los administradores de compañías están autorizados por el solo hecho de su nombramiento. Los tomadores y tenedores de letras tendrán derecho a exigir a los firmantes la exhibición del poder.

Apoderamiento

El apoderamiento se hace constar en la letra normalmente con una mención del tipo "p. p.", "p. o." o similar y, además, poniendo la estampilla de la empresa (el sello). La jurisprudencia entiende que con cumplir uno sólo de ambos requisitos se considera cumplida la constancia del apoderamiento.

En la jurisprudencia existen dos posturas para el caso de que firme un representante sin hacer constar que firma como apoderado: a) responderá el "representado", pues realmente el firmante era representante y el tercero partía de que firmaba como tal (simplemente, ha habido un "olvido"); b) responderá el firmante, pues ha incumplido un requisito legal, y al no hacer constar el apoderamiento aparenta que quiere obligarse él.

Para el caso de falta de poder, el artículo 10 de la LCCh hace que el que firma sin poder de la otra persona quede obligado en virtud de la letra. Si llega a pagar la letra, tendrá los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado. Lo mismo ocurre con el representante que se exceda de sus poderes, sin perjuicio de la responsabilidad cambiaria del representado dentro de los límites del poder.

2.4. La creación de la letra

La declaración cambiaria originaria, esto es, la que origina el nacimiento de la letra, es la del librador que ordena al librado que pague la letra a su vencimiento.

La necesidad de esta declaración se recoge en el artículo 1.2 de la LCCh al exigir que conste "el mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o moneda extranjera convertible, admitida a cotización oficial". Con esta declaración, se incorpora en la letra el derecho sobre la suma en ella indicada y la garantía de la aceptación y pago de la letra que asume el librador. Éste puede eximirse de garantizar la aceptación, pero toda cláusula por la que pretenda eximirse de la garantía del pago "se considerará como no escrita" (art. 11 LCCh).

El artículo 1, números 3, 6 y 8 de la LCCh, exige que conste el nombre de la persona que ha de pagar la letra (librado), el nombre de la persona a quien ha de hacerse el pago o a cuya orden se ha de realizar (tomador) y la firma del que emite la letra (librador). Las figuras de librado, librador y tomador no han de corresponderse con tres personas distintas necesariamente. Así, puede que librado y librador sean la misma persona; la letra se denomina entonces "al propio cargo" o "contra el propio librador" (A emite una letra que libra contra

sí mismo –aparece, por lo tanto, como librador y como librado– para pagar a su acreedor, que aparecerá como tomador). Puede ser que librador y tomador sean la misma persona; la letra se denomina en ese caso "a la propia orden" o "a favor del librador" (A emite una letra para cobrar una deuda a su deudor, que aparecerá como librado –siendo A librador y tomador–). La existencia de dos únicas personas físicas o jurídicas distintas no evita que las posiciones jurídicas sean siempre tres, cada una con los derechos y obligaciones que les corresponden.

Dado que, como se ha señalado, el librador es quien emite (libra) la letra garantizando su aceptación y pago, su firma es requisito esencial para la validez del título. De ahí que ésta figure debajo de las menciones esenciales de la letra.

La designación tanto del librado como del tomador se hará por el nombre y apellidos si se trata de persona individual, y por su denominación o razón social, si se trata de persona jurídica. El librado, aunque es la persona que recibe la orden del librador, únicamente se obliga cambiariamente cuando acepta el pago de la letra firmando a tal fin la letra. Si no acepta, es como si no existiera en la letra de cambio, pues no le es exigible ninguna obligación. Normalmente, cuando el librador emite la letra pide en ese mismo momento al librado que la acepte, pero puede emitirse y dejarse la aceptación para un momento posterior. Por su parte, el tomador es la persona que posee el título con el derecho a la suma pecuniaria en él incorporado. El tomador puede endosar la letra, y entonces asume además la posición jurídica de endosante. Quien la adquiere de él se denomina endosatario. Este endosatario puede, a su vez, endosar la letra (con lo cual se convierte, además, en endosante), y así sucesivamente. Al que tiene la letra en un momento determinado se le denomina "tenedor" (en un principio, lo es el tomador. Si la transmite, lo es el endosatario. Y así sucesivamente).

Como se puede observar, además de la declaración del librador, en la letra de cambio puede haber otras declaraciones (aceptación, endoso, aval), que también hacen responsables a quienes las realizan del pago de la letra, con lo que se refuerza así el crédito cambiario.

Firma

Para asumir una obligación cambiaria es necesario firmar en la letra.

2.5. La aceptación de la letra

2.5.1. Concepto y caracteres

La aceptación es la declaración por la que el librado asume la obligación de pagar la letra a su vencimiento. Con la aceptación, el librado se convierte en aceptante y se compromete a cumplir el mandato de pago recibido del librador.

La aceptación refuerza notablemente la posición del tenedor, dado que se incorpora al título la obligación de pago más rigurosa.

El aceptante es el obligado cambiario principal y directo. Y si llegado el vencimiento, no paga, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio para reclamar **sin necesidad de protesto**, tanto en la vía ordinaria como en el proceso especial cambiario, el importe de la letra, los intereses de esa cantidad devengados desde la fecha de vencimiento de la letra, calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos, y demás gastos, incluidos los del protesto y comunicaciones (art. 49 LCCh). El pago de la letra por el aceptante libera al resto de obligados cambiarios.

La aceptación es siempre voluntaria, en el sentido de que el librado nunca viene cambiariamente obligado a aceptar la letra. El artículo 1 de la LCCh exige, como menciones esenciales, el nombre de librado, el nombre del tomador y la firma de librador, pero no la firma del librado. Un pacto de éste con el librador u otro sujeto por el que se obligue a aceptar la letra no tiene relevancia cambiaria, aunque su incumplimiento podrá servir para una reclamación civil (extracambiaria). El tenedor de la letra de cambio podrá presentarla a la aceptación, en el lugar de su domicilio y hasta la fecha de su vencimiento (art. 25 LCCh).

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la LCCh, la aceptación ha de cumplir estos requisitos:

a) Tiene que figurar escrita en la letra misma. No tendrá validez una aceptación verbal o la prestada en documento distinto a la letra.

b) No es una declaración formal; basta una declaración expresa con la palabra "acepto" u otra equivalente, realizada con la firma autógrafa del librado o de su apoderado. Incluso se considera que hay aceptación si en el anverso de la letra figura la firma del librado sin ninguna otra mención.

c) Ha de ser una declaración pura y simple (no condicionada). No obstante, el librado podrá limitarla a una parte de la cantidad. Cualquier otra modificación introducida para la aceptación en el texto de la letra de cambio equivale a una negativa de aceptación.

2.5.2. Presentación de la letra a la aceptación y falta de aceptación

La presentación de la letra a la aceptación es necesaria para que pueda ser aceptada. Como regla general, la presentación a la aceptación es voluntaria, si bien normalmente el tenedor la hará para eliminar la incertidumbre de si

el librado se obliga cambiariamente o no. El tenedor podrá presentar la letra a la aceptación, en el lugar del domicilio del librado y hasta la fecha de su vencimiento (art. 25 LCCh).

Las únicas letras que necesariamente han de ser presentadas en la aceptación son las giradas a un plazo desde la vista. Vista de la letra y presentación a la aceptación significan lo mismo.

En las letras plazo-vista la presentación a la aceptación resulta indispensable para poder iniciar el cómputo del plazo de vencimiento y deberá hacerse en el plazo de un año desde la emisión. No obstante, el librador puede acortar ese plazo, o fijar uno más largo, y los endosantes pueden acortarlo (art. 27 LCCh). Si el tenedor no presenta la letra plazo-vista a la aceptación en esos plazos, **la letra quedará perjudicada**, lo que significa que éste pierde el derecho a exigir el importe del librador, endosantes y demás obligados (art. 63 LCCh). Y, naturalmente, con la acción directa tampoco puede contar el tenedor, por cuanto que no se ha producido la aceptación.

Si presentada la letra a la aceptación, ésta no se acepta, se producen dos consecuencias fundamentales: la primera, que el librado queda fuera del círculo de obligados cambiarios; la segunda, que si se hace constar de manera fehaciente, esta negativa no afecta a las obligaciones asumidas por el resto de firmantes de la letra. De este modo, el tenedor puede ejercer desde entonces la vía de regreso, **sin tener que esperar hasta el vencimiento** de la letra. Con ello se favorecen los intereses del tenedor cambiario, aunque en cierta forma se perjudiquen los de los demás sujetos. La acreditación de la falta de aceptación se rige por las mismas reglas que la acreditación de la falta de pago; por ello nos remitimos a ese punto.

2.6. El endoso

2.6.1. Concepto y requisitos

La letra de cambio es un título circulante por esencia. El endoso es un negocio jurídico que permite que el nuevo titular adquiera los derechos incorporados a la letra de manera autónoma.

El "endoso" puede definirse como la declaración puesta en la letra por la que el tenedor de la misma (acreedor cambiario) transmite su derecho a otra persona ordenando que se le pague a ella o a su orden.

La declaración de endoso se realiza normalmente en el reverso de la letra, y el único requisito esencial que precisa es que conste la firma del endosante (art. 16.1 LCCh). Con su firma, el endosante manifiesta su consentimiento para la transmisión del título, por lo que resulta obligado cambiario. Mediante la cadena de endosos, el último endosatario queda legitimado para ejercitar los derechos incorporados a la letra.

La letra de cambio, aunque no esté expresamente librada a la orden, es transmisible por endoso. Las únicas letras que no pueden endosarse son las libradas "no a la orden" u otra expresión equivalente. Ello provoca que el título únicamente sea transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria (arts. 14.1 y 2 LCCh).

> La cesión ordinaria de la letra transmite al cesionario todos los derechos del cedente en los términos previstos en los artículos 347 y 348 del Código de comercio. El cesionario tiene derecho a la entrega de la letra (art. 24 LCCh). Por su parte el Código de comercio regula en esos artículos la transmisión de los créditos mercantiles no endosables ni al portador. Estos créditos pueden ser transmitidos por el acreedor **poniendo en conocimiento del deudor la transferencia**, sin necesidad del consentimiento de éste. El deudor queda obligado con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tiene lugar no se reputa pago legítimo, sino el que se hiciere a éste. El cedente responde **de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión**; pero no de la solvencia del deudor, salvo pacto expreso.

El endoso debe ser **total, puro y simple**. El artículo 15 LCCh considera como no escrita cualquier condición a la que aparezca subordinado el endoso y declara nulo el endoso parcial.

La designación del endosatario no es precisa, pues si no aparece, se considera **endoso en blanco** (art. 16.2 LCCh). Cuando el endoso esté en blanco, el tenedor, de acuerdo con el artículo 17 LCCh puede:

a) Completar el endoso en blanco, con su nombre o con el de otra persona.

b) Endosar la letra nuevamente en blanco o hacerlo designando un endosatario determinado. Siempre que realiza un endoso, aunque sea en blanco, el tomador queda obligado; firma en la letra con lo que asume la obligación de pago de la misma.

c) Entregar la letra a un tercero, sin completar el endoso en blanco y sin endosarla. Éste es el llamado **endoso al portador**. Dado que únicamente queda obligado cambiariamente quien firma en la letra, el tenedor de un endoso en blanco que realiza un endoso al portador "desaparece", esto es, no figura en la letra ni como endosatario (acreedor cambiario) ni como endosante (obligado cambiario).

El endoso puede hacerse a favor del librado, haya aceptado o no, del librador o de cualquier otra persona obligada en la letra, y todas estas personas podrán endosarla de nuevo (art. 14.3 LCCh). Este es el llamado **endoso de retorno**.

Un título al portador

Resulta curioso que un título esencialmente nominativo, como la letra, pueda actuar como título al portador.

La fecha del endoso tampoco es requisito esencial. La LCCh permite que aquél se realice en cualquier tiempo, antes o después del vencimiento de la letra, y presume, salvo prueba en contrario, que el endoso sin fecha se ha realizado antes de terminar el plazo para levantar protesto. El endoso posterior al vencimiento no puede ser realizado por el aceptante y produce los mismos efectos que un endoso anterior. Sin embargo, el endoso posterior al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para levantar el protesto no produce otros efectos que los de una cesión ordinaria (art. 23 LCCh).

2.6.2. Efectos del endoso

Del endoso se derivan tres efectos fundamentales:

a) El **efecto traslativo**: el endoso transmite el título y los derechos incorporados a él por sí mismo, sin tener que demostrar las razones del endoso. Ahora bien, la cláusula de endoso no confiere por sí misma la propiedad de la letra, sino que debe ir acompañada de la tradición (entrega de la letra). La teoría del título y el modo rige también para la letra de cambio como cosa mueble ("la propiedad se adquiere... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición"; art. 609 Cc).

b) El **efecto legitimador**: el endoso legitima al endosatario para hacer valer su derecho frente a los obligados cambiarios. El endoso único, o la cadena de endosos, genera una apariencia de titularidad del derecho a favor del último endosatario; esto, unido a la posesión del título, es suficiente para reclamar el crédito cambiario y para que el obligado al pago se libere válidamente cumpliendo frente a él. La LCCh considera al tenedor de la letra de cambio portador legítimo de la misma cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco. Y señala que, para el caso de que una persona sea desposeída de una letra de cambio por la causa que fuere, el nuevo tenedor que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente no estará obligado a devolver la letra si la adquirió de buena fe (art. 19 LCCh).

c) El **efecto de garantía**: el endosante responde frente al endosatario del pago y aceptación de la letra de cambio frente a los tenedores posteriores como obligado cambiario solidario. Pero este efecto de garantía no es esencial, y lo puede excluir mediante cláusula, al endosar. En este caso, no responderá frente a las personas a quienes ulteriormente se endosare la letra (art. 18 LCCh).

Los efectos de legitimación y garantía se dan de forma completa en el llamado "endoso pleno". Pero la ley regula también dos supuestos en que con el endoso no se busca la finalidad de transmisión de titularidad del crédito, sino una función de apoderamiento o de garantía. En tales supuestos se habla de "**endosos limitados**", lo son el de apoderamiento y el de garantía.

El **endoso de apoderamiento** se realiza con la finalidad de que el endosatario-representante pueda cobrar la letra para luego entregar la cantidad al endosante-representado. Para ello, no bastaría un poder notarial, pues sólo puede cobrar la letra su tenedor legítimo, quien esté designado en ella como titular. Este endoso no tiene efecto de garantía ni de legitimación ni de transmisión pleno. En realidad, el endosatario cobra por cuenta del endosante, ocupando su posición jurídica. Si la letra no se paga, por ejemplo, el endosatario no podría accionar contra el endosante (que es quien le encarga el cobro).

La LCCh lo regula en el artículo 21 al señalar que, cuando el endoso contenga la mención *valor al cobro*, *para cobranza*, *por poder*, o cualquier otra que indique un simple mandato, el tenedor podrá ejercer todos los derechos derivados de la letra de cambio, pero no podrá endosar ésta sino a título de comisión de cobranza (otro endoso de apoderamiento). En este caso, los obligados cambiarios sólo podrán invocar contra el tenedor las excepciones que pudieran alegarse contra el endosante.

El **endoso de garantía** busca utilizar la letra como garantía pignoraticia de un crédito (prenda de la letra). Si la deuda se paga, el endosatario devolverá la letra al endosante. Si la deuda no se paga, el endosatario adquiere la plena titularidad de la letra y puede cobrarla, devolviendo el exceso sobre su deuda al endosante. Este endoso no produce efectos de transmisión inmediatos, sino según se pague o no la deuda garantizada. Si finalmente el endosatario adquiere la titularidad de la letra, actuará como sujeto cambiario normal. La LCCh lo regula en el artículo 22 al establecer que cuando un endoso contenga la mención *valor en garantía*, *valor en prenda*, o cualquier otra que implique una garantía, el tenedor podrá ejercer todos los derechos que derivan de la letra de cambio, pero el endoso hecho por él sólo valdrá como comisión de cobranza (endoso de apoderamiento). En este caso, los obligados cambiarios no podrán invocar contra el tenedor de una letra recibida en prenda o en garantía las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante en garantía, a menos que el tenedor, al recibir la letra, hubiera procedido a sabiendas en perjuicio del deudor.

2.7. El aval

2.7.1. Concepto y requisitos

El aval es la declaración cambiaria por la que una persona garantiza la obligación de pago de la letra asumida por un obligado cambiario.

Suplemento de la letra

La LCCh permite que, cuando la extensión de las menciones de la letra así lo exija, se incorpore un suplemento, donde podrán hacerse constar todas aquellas menciones excepto las del artículo 1, que deben constar en la letra misma (art. 13 LCCh).

Por la declaración de "aval", el avalista se convierte en obligado cambiario solidario. El aval cambiario, aunque guarda muchas similitudes con la fianza ordinaria, se diferencia de ella en varios aspectos. Ambas son garantías personales, pero, a diferencia de la fianza, que tiene carácter accesorio (no puede existir sin una obligación válida (art. 1824 Cc), el aval tiene existencia independiente de la obligación principal. La LCCh considera válido el aval aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma. Hace responder al avalista de igual manera que el avalado, y no puede oponer las excepciones personales de éste. Además, cuando el avalista 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 (art. 37 LCCh). De otra parte, en la fianza existe el beneficio de excusión a favor del fiador (art. 1830 Cc), que permite que el fiador no se vea obligado a pagar hasta tanto se haya intentado primero el cobro del deudor principal. En cambio, el avalista es un obligado solidario que no puede exigir que se reclame en primer lugar al avalado.

Respecto a la forma del aval, resulta esencial la firma del avalista. Ha de constar en la letra o en su suplemento (existe un lugar destinado a ello en el reverso de la letra), y se expresa mediante las palabras *por aval* o cualquier otra formula equivalente. No obstante, el artículo 36 LCCh establece que basta la firma en anverso de quien no sea librado ni librador (pues la firma del librado en el anverso es aceptación; y la del librador, libramiento) para que se entienda hecho el aval. El aval debe indicar a quién se avala. A falta de esta indicación, se entenderá avalado el aceptante, y en defecto de aceptación, el librador.

El aval puede ser total o parcial y puede prestarlo un tercero o también un firmante de la letra. Con respecto a la fecha, puede suscribirse incluso después del vencimiento y denegación de pago de la letra, siempre que, al otorgarse, no hubiere quedado liberado ya el avalado de su obligación cambiaria (art. 35 LCCh).

2.7.2. Efectos del aval

En función de a quién se avala, el avalista responderá en vía directa (si avala al aceptante) o en vía de regreso (si avala al librador o a un endosante). Y también en función de esto, cuando pague podrá repetir el pago contra el avalado y contra los sujetos cambiarios anteriores a él, por medio de las acciones que correspondan.

Así, si avala al aceptante y paga, sólo podrá repetir el pago reclamando al aceptante por la vía directa. Si avala al librador y paga, podrá repetir el pago reclamando al librador por la de regreso, o al aceptante por la directa.

Como se ha señalado, el avalista ocupa posición autónoma respecto del avalado. Esto implica que no puede oponer (cuando le demanden por una acción cambiaria) las excepciones personales del avalado, y sí las personales que pueda tener el propio avalista contra el demandante; y al avalista no se le podrán oponer (cuando reclame él, porque pagó y quiere recuperar lo pagado) las excepciones personales que el demandado pudiera tener contra el avalado.

2.8. El vencimiento de la letra

El vencimiento de la letra hace referencia a la fecha en que la letra debe ser pagada.

El vencimiento no debe expresarse necesariamente mediante día, mes y año. El artículo 38.1 LCCh admite cuatro vencimientos diferentes o modos de hacer constar la fecha en la que la letra se ha de pagar:

1) vencimiento a fecha fija (por ejemplo, seis de julio del 2010),

2) vencimiento a un plazo desde la fecha (por ejemplo, seis meses fecha),

3) vencimiento a la vista (la letra vence cuando se presenta al librado para que la pague),

4) vencimiento a un plazo desde la vista (por ejemplo, tres meses vista).

Si no se hace constar de ninguna forma concreta, en la casilla destinada al efecto, en el modelo oficial, la letra, tal y como se ha señalado, se entiende que vence "a la vista". Un vencimiento imposible (por ejemplo, 30 de febrero, o en fecha anterior al libramiento de la letra) equivaldrá a una letra sin designación

de vencimiento. Y cualquier otro tipo de vencimiento diferente a los previstos en el artículo 38. 1 LCCh o un vencimiento sucesivo provoca la nulidad de la letra (art. 38.2 LCCh).

La letra de cambio emitida a **fecha fija** vence **en esa fecha**. La letra librada "**a la vista**" será pagadera en el momento en que se **presente al pago**, si bien deberá presentarse dentro del año siguiente a la fecha de libramiento (art. 39 LCCh).

La letra girada a un **plazo desde la fecha** vence **en función de la fecha de emisión**. Así, si la letra se ha girado a "tres meses fecha", vencerá a los tres meses contados desde su fecha de emisión.

La letra girada a un **plazo desde la vista** vence **en función de la fecha de la aceptación** o, en defecto de ésta, de la del protesto o declaración equivalente. Así, si la letra se ha girado a "tres meses vista", vencerá a los tres meses contados desde la fecha de presentación a la aceptación (o del protesto o de la declaración equivalente) (art. 40 LCCh). A la aceptación se puede presentar la letra durante un año desde su emisión.

El cómputo de los meses en las letras de cambio libradas a uno o varios meses a partir de su fecha o de la vista, se hará de fecha a fecha. Así, en una letra girada cuando en el mes del vencimiento no haya día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último del mes (art. 41 LCCh).

2.9. El pago de la letra

2.9.1. Pago voluntario

La LCCh parte de que la letra se "presenta" físicamente al librado (aceptante o no). Pero no suele hacerse así. Los bancos simplemente cargan el importe de la letra en la cuenta en la que se domicilió el pago, y avisan previamente al librado de que van a realizar tal cargo. Si no existen fondos suficientes en esa cuenta, o si el banco domiciliatario tiene orden de no pagar la letra, ésta se impagará.

Las letras ya no "viajan físicamente", como ocurría antes. El banco que se encarga de cobrarla (la mayoría de letras se cobran por medio del banco del tenedor) introduce los datos en un sistema informático interbancario y se queda en poder de la letra. Es el llamado "truncamiento".

Si se produce un pago voluntario, la terminación de la letra se entiende que es "normal", la letra ha cumplido su función sin mayores problemas. En general, el pago queda demostrado por el propio cargo bancario que se realiza en la

cuenta donde se domicilió el pago. Asimismo, se "devuelve" o entrega la letra al que la paga y se hace constar el "recibí" del acreedor (así el que paga tiene una prueba física del pago).

2.9.2. La falta de pago. El protesto

El tenedor de una letra pagadera en día fijo o a un plazo para contar desde la fecha o desde la vista, deberá presentar la letra de cambio al pago en el día de su vencimiento o en uno de los dos días hábiles siguientes (art. 43.1 LCCh). Si la presenta fuera de este plazo, se pierden las acciones de regreso, y el tenedor habrá de dirigirse para cobrar la letra contra el aceptante, si lo hubiere.

Como hemos señalado anteriormente, si presentada la letra **a la aceptación**, el librado no la acepta, desde ese momento cabe ejercitar la acción de regreso sin necesidad de esperar al vencimiento.

Si presentada la letra **al pago**, el librado lo deniega, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio (art. 49.2 LCCh).

La presentación de la letra dentro de plazo por el tomador y la acreditación de la falta de aceptación o de pago son indispensables para mantener la vía de regreso contra el librador, endosantes y sus respectivos avalistas. La acción directa contra el aceptante y su avalista no se pierde hasta pasados tres años, contados desde la fecha del vencimiento (art. 88.1). Esta acción no requiere ninguna formalidad para mantenerla.

Resulta, por lo tanto, de gran importancia acreditar para conservar la vía de regreso que se presentó la letra al pago (o a la aceptación) y que éste se denegó. El artículo 51 LCCh establece dos sistemas de acreditación:

1) Protesto notarial: mediante el que el acreedor acude al notario, para que éste dé fe del impago. El notario notifica al deudor que el acreedor afirma que no quiere pagar; concede un plazo al deudor para que comparezca en la notaría y pague la letra, o alegue las razones por las que niega el pago; pasado tal plazo, y si el deudor no ha pagado en la notaría, el notario levanta acta de protesto, dando fe de que el deudor no quiere pagar (el notario ya lo ha comprobado de la forma señalada).

El protesto notarial por falta de aceptación deberá hacerse dentro de los plazos fijados para la presentación a la aceptación o de los ocho días hábiles siguientes. El protesto por falta de pago de una letra de cambio pagadera a fecha fija o a cierto plazo desde su fecha o desde la vista deberá hacerse en uno de los ocho días hábiles siguientes al del vencimiento de la letra de cambio. Si se tratara de una letra pagadera a la vista, el protesto deberá extenderse en el plazo indicado para el protesto por falta de aceptación. El protesto por falta de aceptación eximirá de la presentación al pago y del protesto por falta de pago.

2) Declaraciones equivalentes al protesto notarial: valen igual que un protesto notarial. Son las declaraciones puestas en la letra y firmadas por: a) el propio librado, denegando la aceptación o el pago; b) el domiciliatario o la Cámara de Compensación, denegando el pago. Cualquiera de ellas vale como protesto y, a diferencia del protesto, no tienen ningún coste.

> La declaración del librado, del domiciliario o de la Cámara de Compensación deberá ser hecha dentro de los plazos establecidos para el protesto notarial.

Además, si en la letra se ha insertado la cláusula "**sin gastos**" o "**sin protesto**", no hará falta protesto notarial ni declaraciones equivalentes para acreditar la falta de aceptación o de pago. Por lo tanto, se exime al acreedor de protestar; pero ello no le exime de presentar la letra al pago (art. 56 LCCh). No obstante, en la práctica, a pesar de que exista tal cláusula, el acreedor normalmente solicita al domiciliatario o al librado que haga constar el impago.

Si, por el contrario, se inserta la cláusula "**con gastos**" o "**con protesto**", será preciso levantar protesto notarial. Las declaraciones equivalentes, en este caso, no valdrán como protesto. El deudor exige el protesto notarial porque supone una forma de acreditación con mayor garantía de que realmente se le presentó la letra y no la quiso pagar. Se llama "con gastos" porque implica soportar el coste de la intervención del notario; coste que deberá pagar el deudor.

2.9.3. Reclamación judicial del pago

En cualquier caso, producido el impago de la letra, podrá hacerse la **reclamación judicial** de su importe. Para reclamar judicialmente basta con:

a) haber presentado la letra plazo-vista a la aceptación y que el librado se haya negado a aceptar, habiendo acreditado tal negativa a la aceptación de alguna de las formas señaladas;

b) en otro caso, haber presentado la letra al cobro y que el librado se haya negado a pagar, habiendo acreditado tal presentación y la negativa al pago de alguna de dichas formas.

No es un requisito legal el intentar que el pago voluntario se realice por alguno de los demás obligados cambiarios, aunque, obviamente, el acreedor lo intentará primero para evitar el juicio cambiario.

Acciones cambiarias y extracambiarias

Las **acciones cambiarias** que cabe interponer para el cobro de la letra de cambio son la **directa**, contra el aceptante y sus avalistas, y la de **regreso**, contra los demás obligados cambiarios. Estas son las llamadas acciones cambiarias, pues

nacen de la misma letra de cambio y pueden ejercitarse por la vía ordinaria o por el juicio cambiario. Este último otorga mayor facilidad para el cobro, al procederse desde un principio al embargo de bienes del deudor.

Para ejercer la acción directa, no es necesario protesto, pero sí para ejercer las acciones de regreso. La acción directa prescribe a los tres años desde el vencimiento de la letra. La de regreso, al año o a los seis meses desde el protesto, dependiendo de que sea la del tenedor contra librador o endosante, o la del obligado que pagó y quiere repetir contra los obligados anteriores (art. 88 LCCh).

Ejemplo

El tenedor reclama al avalista del librador, para lo cual tiene el plazo de un año. Dicho avalista, a su vez, puede reclamar: contra el librador, por otra acción de regreso, en un plazo de seis meses desde que pagó; o contra el aceptante, por la acción directa, para lo cual le quedarán, como poco, dos años.

Junto a estas acciones cambiarias, cabe hacer referencia a las llamadas **acciones extracambiarias**. Éstas no persiguen ya el cobro de la letra como tal título-valor; es más, sólo pueden operar cuando tal cobro no ha sido posible. Buscan o bien exigir el cumplimiento efectivo de la relación subyacente (por ejemplo, pago de la mercancía en una compra-venta), ya que no se ha podido lograr de forma cambiaria, o bien que responda quien se haya enriquecido injustamente con la falta de pago de la letra (acción de enriquecimiento injusto o enriquecimiento cambiario).

La acción causal es la que dimana de la relación subyacente; por ello, sus requisitos, régimen y legitimación se rigen por la relación de que se trate: préstamo, compraventa, suministro, etc. Es subsidiaria, en el sentido de que antes debe haberse intentado el pago voluntario, pero puede ejercitarse incluso sin haber ejercitado acciones cambiarias. La doctrina y la jurisprudencia admiten que pueda alegarse como reclamación subsidiaria de la acción cambiaria. Pero la acción causal se pierde si el acreedor dejó prescribir la acción cambiaria (art. 1170 CC).

En cuanto a la acción de enriquecimiento cambiario, es la más subsidiaria, pues sólo se puede interponer cuando las cambiarias y la causal no han prosperado. La ejerce el acreedor impagado contra el librador, el aceptante o el endosante que se haya enriquecido; y requiere que la letra no se haya cobrado por la omisión de los actos exigidos por la ley para la conservación de los derechos que se derivan del título (art. 65 LCCh). Si las acciones cambiarias y causales ya no se pueden ejercer (por ejemplo, por prescripción), algún sujeto se habrá enriquecido: habrá recibido algo o habrá pagado una deuda sin dar nada a cambio. Contra ese sujeto cabe ejercitar la acción de enriquecimiento en el plazo de tres años después de haberse extinguido la cambiaria.

No hay que confundir las acciones cambiarias y extracambiarias con el juicio cambiario o el juicio que corresponda por razón de la cuantía (normalmente, el juicio ordinario).

Acciones cambiarias o extracambiarias se refieren a qué se reclama: la letra de cambio (cambiarias), o la relación subyacente o el enriquecimiento injustificado (extracambiarias).

Las acciones cambiarias pueden interponerse mediante juicio cambiario o mediante juicio ordinario. Por lo tanto, no hay que identificar ni confundir acción cambiaria con juicio cambiario (aunque, normalmente, las acciones cambiarias se ejercitan por los trámites del juicio cambiario). Las acciones extracambiarias sólo pueden ejercitarse en juicio ordinario.

Excepciones cambiarias y extracambiarias

Para facilitar el cobro de la letra, la LCCh limita las excepciones que el demandado puede oponer a las pretensiones del tenedor, tanto en juicio ordinario como cambiario. Las excepciones son razones que alega el demandado para no pagar. Si el juez estima o admite alguna de las excepciones, desestimará la acción cambiaria interpuesta. Esta limitación resulta de crucial importancia para la letra de cambio, pues la seguridad del tráfico exige que los títulos-valor de pago sean de fácil cobranza, y por ello las excepciones oponibles a ello deben ser las mínimas exigibles.

> Cierta doctrina y ciertos sectores económicos han manifestado, por eso, que el elenco de excepciones que permite el artículo 67 LCCh es demasiado extenso y facilita maniobras dilatorias del pago, con lo que la finalidad de abstracción del título y de rigor cambiario que la propia ley persigue queda diluida. De hecho, por estas y otras razones la credibilidad que hoy en día una letra de cambio da respecto a su pago se halla muy disminuida en el sentir de muchos sectores económicos, que buscan otros títulos-valor y medios jurídicos para asegurar el cobro de sus créditos.

En primer lugar, pueden oponerse las excepciones que nacen de las relaciones personales entre demandante y demandado. Aquí entra en juego la relación subyacente (la que origina la creación, transmisión o garantía de la letra) que existe entre los sujetos en cuestión. Estas excepciones se suelen denominar **extracambiarias o personales**, pues dependen de esa relación entre las partes y no de la relación cambiaria, que supone una serie de obligaciones iguales para todos los sujetos.

> En el ejemplo que pusimos al inicio del módulo, si A paga con una letra de cambio al mecánico B que arregla su coche y B realiza un descuento de esa letra en su banco, A está obligado a pagar al banco (poseedor de la letra), aunque su coche quede mal arreglado. La relación A-B, por la que se crea el documento, no tiene relevancia en la relación A-banco. Este defecto de reparación es una excepción personal, no oponible al banco, que nada sabe de la razón por la que A aceptó la letra. Si, en cambio, el banco reclama a B, cuando B luego le reclame a A, éste sí le podrá oponer, negándose a pagar, que el trabajo está mal hecho, pues puede hacer valer la relación personal con él.

A un tenedor no le son oponibles las excepciones basadas en las relaciones personales que el demandado por la acción cambiaria (deudor) tenga contra el librador o con los tenedores anteriores.

Sí, en cambio, le son oponibles al tenedor las excepciones basadas en sus relaciones personales con el deudor reclamado (art. 67.1 LCCh). Son supuestos concretos de excepción personal:

a) La excepción de falta de cumplimiento (también llamada "falta de provisión de fondos") si el demandado es la contraparte del contrato causal y éste fue incumplido o resuelto.

b) La excepción de letra de favor. En ocasiones, el aceptante no debe nada al librador, y simplemente acepta la letra para que éste pueda descontar la letra y obtener liquidez. Confía en que el librador, cuando llegue el vencimiento, pagará la letra. En estos casos, el aceptante no podrá oponer que la letra es de favor ante el tomador o un tercero de buena fe, pero sí podrá hacerlo si le reclama el librador.

c) Relaciones concretas demandante-demandado. Aunque no sean las partes del negocio causal, puede que entre ellos tengan una relación personal específica: por ejemplo, el demandante debe algo al demandado (éste opondrá la compensación), o pactó con él renovar la letra o esperar a su cobro.

También pueden oponerse al tenedor las excepciones que el deudor tenga frente a tenedores anteriores si, al adquirir la letra, el tenedor procedió a sabiendas en su perjuicio (art. 20 LCCh); esto es, conocía que existía una relación personal mal cumplida y admitió el endoso para impedir que el deudor pudiera oponerla. Se trata de la llamada *exceptio doli*, que opera cuando la transmisión se hace a un simple "testaferro", que actúa en realidad por cuenta del transmitente. Se finge una transmisión para que el demandado no pueda oponer al adquirente la excepción personal que tenía contra el transmitente. Pese a esta ficción, si el demandado prueba esa condición de testaferro, podría oponer al "falso o supuesto adquirente" las mismas excepciones que tiene frente a quien le transmitió.

Junto a estas excepciones, el artículo 67.2 LCCh establece otras que ya no dependen de las relaciones personales entre sujetos, sino que dimanan de la propia relación cambiaria; por ello se denominan **excepciones cambiarias** (cierta doctrina las denomina excepciones reales). Tales excepciones son, como regla general, oponibles a cualquier tenedor. El precepto citado establece tres grupos de ellas:

a) la inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria (del demandado), incluida la falsedad de la firma;

b) la falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en la ley (se trata de casos de falta de alguna formalidad esencial, la incorrecta cadena de endosos, etc.);

c) la extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado (por ejemplo, por prescripción, por pago, por falta de presentación al cobro, etc.).

Estas excepciones se basan en un principio de *numerus clausus*: no cabe oponerse al pago por cualquier razón, sino sólo por alguna de las razones incluidas en dicho artículo 67 LCCh; y sólo puede oponerlas el demandado ante acciones cambiarias (no ante acciones extracambiarias). Se trata de facilitar el pago de la letra; pero, de hecho como se ha señalado, existen demasiadas excepciones oponibles.

3. Títulos de pago: el cheque

3.1. Concepto y diferencias con la letra de cambio

El cheque es un título que incorpora una orden de pago que el cliente (librador) de un banco (librado) da a éste para que pague una cantidad determinada de dinero a la persona en él designada (tomador), siempre que exista una previa provisión de fondos del librador en poder del librado.

El cheque funciona, así, como un instrumento de pago que evita el manejo de dinero metálico basado en el "contrato de cheque" entre librador y librado, normalmente integrado dentro de un contrato de cuenta corriente bancaria, por el que el banco se compromete a atender las órdenes de pago del librador siempre que haya fondos en su cuenta.

De acuerdo con el artículo 106 de la LCCh, el cheque deberá contener:

1) la denominación de cheque inserta en el texto mismo del título expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título;

2) el mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o en moneda extranjera convertible, admitida a cotización oficial;

3) el nombre del que debe pagar, denominado librado, que necesariamente ha de ser un banco;

4) el lugar de pago;

5) la fecha y el lugar de la emisión del cheque;

6) la firma del que expide el cheque, denominado librador.

En general, la normativa del cheque es muy parecida a la de la letra de cambio, y, de hecho, la Ley Cambiaria realiza remisiones a la regulación de la letra (en materia de firmas falsas, requisitos subsanables, endoso, aval, etc.). No obstante, existen diferencias: a) en el cheque, el librado siempre es una entidad de crédito, la entidad de la que es cliente el librador que tiene abierta cuenta; el librado **nunca** puede aceptar el cheque, no puede resultar obligado cambiario (la aceptación que realizara sería totalmente nula –art. 109 LCCh–); b) el tomador puede ser designado de forma nominativa o emitirse el cheque "al portador" (si se emite nominativo el cheque, será transmisible por endoso; si

se emite al portador, será transmisible por la simple entrega; no hay que hacer constar la entrega en el título); c) el cheque siempre vence a la vista, esto es, cuando se presenta al librado para el pago (el cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión –cheque postdatado– es pagadero el día de la presentación; art. 134 LCCh).

3.2. Pago del cheque

Como se ha señalado, el cheque vence siempre "a la vista", esto es, cuando se presente al cobro, aunque, por ejemplo, tenga una fecha de emisión posterior.

De acuerdo con el artículo 135 de la LCCh, el tenedor debe presentarlo al cobro en un plazo determinado desde la fecha de emisión según se trate de:

a) cheque emitido y pagadero en España que deberá ser presentado a su pago en un plazo de **quince días**;

b) cheque emitido en el extranjero y pagadero en España que deberá presentarse en un plazo de **veinte días** si fue emitido en Europa, y **sesenta días** si lo fue fuera de Europa.

El librado que tenga fondos a disposición del librador en el momento de la presentación al cobro de su cheque está obligado a su pago. Si sólo dispone de una provisión parcial, estará obligado a entregar su importe (art. 108.2 LCCh). Para asegurar que existen fondos en poder del banco, éste puede estampar su "conformidad" en el cheque, con lo que indica que hay fondos disponibles; fondos que el banco retendrá para hacer efectivo el cheque a su presentación al pago (art. 135 LCCh). De esta forma, el tomador tiene seguridad en el cobro.

> El librado retiene fondos suficientes del librador para hacer el pago del cheque durante el plazo señalado en la conformidad. Por eso, el librador no podrá disponer de dinero de la cuenta si con ello dejara una cuantía inferior a la propia del cheque.

El librador puede revocar el cheque, pero la revocación no produce efectos (el banco deja de estar obligado al pago y el tenedor pierde las acciones de regreso) sino hasta después de la expiración del plazo de presentación. Si no hay revocación, el librado puede pagar aun después de la expiración de ese plazo. Y, en los casos de pérdida o privación ilegal del cheque, el librador podrá oponerse a su pago (art. 138 LCCh).

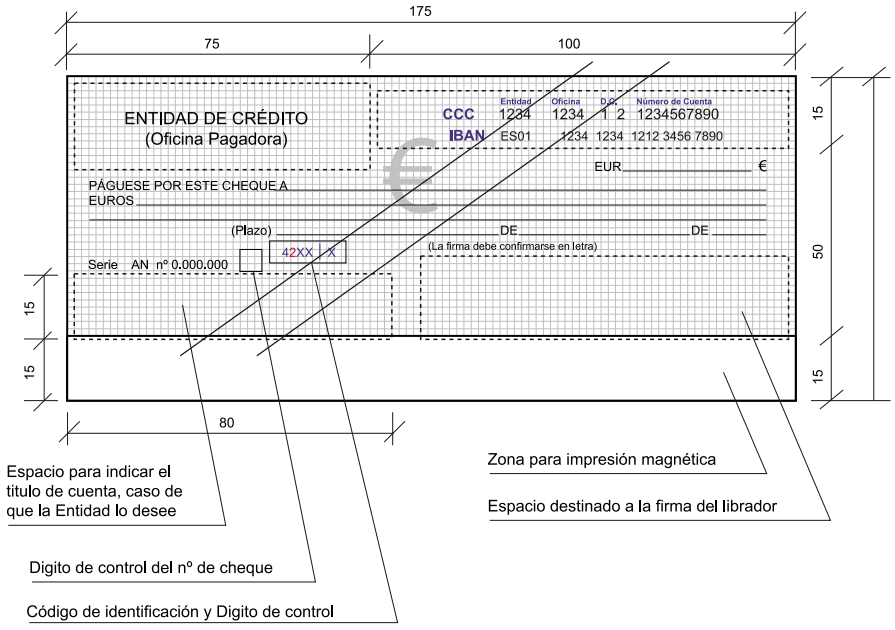
El librado, a la hora de pagar debe comprobar la regularidad del cheque y la identidad del tomador (si es cheque nominativo). Si se trata de un cheque endosado, estará obligado a comprobar la regularidad en la serie de los endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes (art. 141 LCCh).

La inseguridad que ocasiona el pago de un cheque al portador, por el desconocimiento de la persona a quien se paga, se palia con la práctica bancaria de hacer constar el nombre, número de DNI y firma del tenedor. De esta forma, controlan la identidad del cobrador a los efectos de poderle reclamar si luego el librador denuncia la sustracción o pérdida. La LCCh no exige esta identificación ni la permite. Las entidades de crédito lo hacen por razones prácticas.

La ley prevé también una serie de medios: **cheque cruzado y cheque para abonar en cuenta** (arts. 143 a 145 LCCh) para que el cheque no sea pagado en metálico sino por medio de abonos contables en otras cuentas de la misma o distinta entidad de crédito, con lo cual se conoce el nombre de quien cobra, o a personas clientes del mismo o distinto banco.

Para evitar que los cheques se puedan cobrar "en ventanilla", al emitirlos, el librador puede "cruzar" el cheque con dos barras o rayas paralelas en el anverso, o poner la expresión "para abonar en cuenta". En estos casos, el tomador debe encargar a su propio banco que lo cobre del librado; de esta forma, como el banco del tomador sí tiene controlada la identidad de éste, en los casos de sustracción o pérdida se podrá saber en la cuenta de quién se ingresó la cantidad. El cheque cruzado sólo se pagará en ventanilla si el tomador es también cliente del librado. En estos casos, como el librado conoce su identidad, se lo puede abonar en metálico porque ya le conoce.

Figura 3. Modelo de Cheque de Cuenta Corriente Normalizado cruzado.



Al librador que emite un cheque sin tener provisión de fondos en poder del librado, por la suma en él indicada, la LCCh le obliga a pagar al tenedor, además de dicha suma, el 10% del importe no cubierto del cheque, y la indemnización de los daños y perjuicios (art. 108.3 LCCh).

3.3. Acciones para el cobro del cheque

Al no ser susceptible de aceptación, en el cheque no existe acción directa. No existe aceptante ni posibilidad de accionar cambiariamente contra el banco librado.

El tenedor puede ejercitar únicamente su acción de regreso contra los endosantes, el librador y los demás obligados cuando, presentado el cheque en tiempo hábil, no fuera pagado, siempre que la falta de pago se acredite por alguno de los medios siguientes: a) por un protesto notarial; b) por una declaración del librado, fechada y escrita en el cheque, con indicación del día de la presentación, o c) por una declaración fechada de una cámara o sistema de compensación, donde conste que el cheque ha sido presentado en tiempo hábil y no ha sido pagado.

No obstante, el tenedor conserva sus derechos contra el librador, aunque el cheque no se haya presentado oportunamente o no se haya levantado el protesto o realizado la declaración equivalente. Si después de transcurrido el término de presentación faltara la provisión de fondos en poder del librado por insolvencia de éste, el tenedor perderá tales derechos (art. 146 LCCh).

Al cheque se aplica lo dispuesto para la letra de cambio en orden al protesto, deber de comunicación y cláusula sin gastos o sin protesto (art. 147.2 LCCh).

4. Títulos de pago: el pagaré

4.1. Concepto y requisitos

El "pagaré" es un título-valor donde tan sólo intervienen dos personas. Una de ellas, la que firma el pagaré (firmante), se obliga a pagar una cantidad a la segunda (o a la persona que ésta designe en el endoso). No es posible la emisión de pagarés cambiarios al portador.

Nota

El firmante del pagaré es como una fusión de las figuras de aceptante y librador de la letra de cambio.

El pagaré constituye, por lo tanto, la forma más sencilla de instrumentar una deuda en un título-valor. El firmante del pagaré responde de igual forma que el aceptante de una letra de cambio (art. 97.1 LCCh), con lo que el rigor cambiario de este título-valor es igual que el de la letra de cambio. La normativa de ésta es aplicable al pagaré (ved el artículo 96 de la LCCh, que establece que casi todas las normas de la letra de cambio son aplicables al pagaré).

De acuerdo con el artículo 94 de la LCCh, el pagaré deberá contener:

1) la denominación de pagaré inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título;

2) la promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada en pesetas o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial;

3) la indicación del vencimiento;

4) el lugar donde el pago haya de efectuarse;

5) el nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar;

6) la fecha y el lugar donde se firme el pagaré;

7) la firma del que emite el título, denominado firmante.

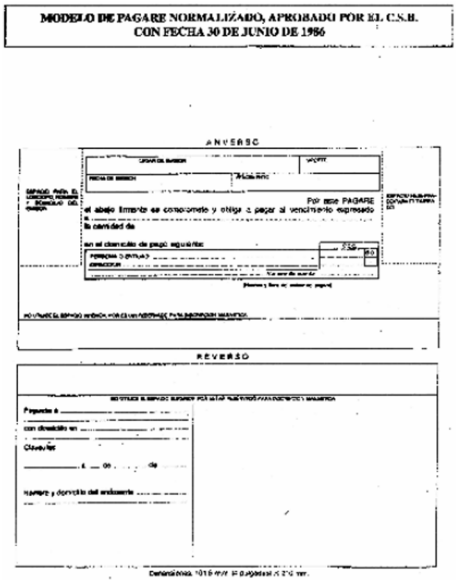
En el pagaré no existe orden de pago, sino que el propio emisor es el que se compromete al pago. Por eso, no hay una "aceptación" independiente de la emisión ni una "presentación a la aceptación". El firmante responde en vía directa; el tomador, si endosa, responderá por la acción de regreso por ser en-

dosante, con el mismo régimen que en la letra de cambio. Por otra parte, el pagaré cambiario debe ser nominativo. Un "pagaré al portador" no será pagaré cambiario, ni título cambiario.

A diferencia de lo que ocurre con la letra de cambio, para el pagaré no existe un modelo oficial. Por ello, puede constar en un simple documento privado, un papel cualquiera que tenga las menciones mínimas que la ley exige. No obstante, el artículo 76 del Real decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, exige timbre para los pagarés cambiarios, salvo que se hayan emitido con la cláusula "no a la orden" o cualquiera otra equivalente (también para los cheques a la orden o que sean objeto de endoso).

Existen dos modelos normalizados para las entidades bancarias: uno publicado por el Banco de España y otro aprobado en 1986 por el desaparecido Consejo Superior Bancario (CSB). Las funciones del CSB fueron asumidas en 1994 por la Asociación Española de Banca (AEB), que es una asociación profesional de afiliación voluntaria formada por casi todos los bancos españoles y extranjeros que operan en España. En la práctica, el modelo más utilizado es el del CSB, dado que es el requerido por los bancos para descontar los efectos y el único que puede ser introducido por una cámara de compensación.

Figura 4. Modelo normalizado de pagaré



4.2. El pagaré plazo vista

Para los pagarés con vencimiento a un plazo desde la vista, el artículo 97.2 de la Ley Cambiaria dicta una norma especial. Estos pagarés deben presentarse al firmante de los mismos en los plazos fijados en el artículo 27 LCCh, esto es, un año desde su emisión. El plazo que hay que contar desde la vista correrá desde la fecha del *visto*, o expresión equivalente, suscrito por el firmante del pagaré.

La negativa del firmante a poner su visto fechado se hará constar mediante protesto, cuya fecha servirá de punto de partida en el plazo que se cuente desde la vista.

Como se observa, aquí la negativa del firmante no provoca el efecto que provoca la negativa del librado en la letra de cambio (permitir, sin esperar al vencimiento y una vez realizados el protesto o la declaración equivalente, accionar en vía de regreso). Puesto que el firmante del pagaré queda obligado en los mismos términos que el aceptante de la letra de cambio, su negativa a dar el "visto" no entraña su salida del círculo de obligados cambiarios; por ello, únicamente sirve como fecha de inicio del plazo de vencimiento.

4.3. El problema de los "pagarés en blanco"

En ciertas épocas, se efectuó una práctica bancaria para asegurar el cobro de un préstamo pendiente en casos de impago de alguno de sus plazos. Esta práctica consistía en hacer firmar al prestatario un pagaré en el momento de formalizar el préstamo, bien con la cuantía en blanco (el banco la rellenaría con la parte que quedara por pagar, en caso de impago del cliente), bien con la cuantía del préstamo total (y el banco ejecutaría el pagaré sólo por la cuantía que quede por pagar, en caso de impago del cliente). De esta forma, se evitaba que el prestamista tuviera que acudir a un fedatario público que certificara el impago, así como la cuantía de lo que faltaba por satisfacer; y se evitaban también los gastos de esa intervención.

La licitud de esta clase de pagarés plantea problemas cuando se pactan con un consumidor.

A favor de la "abusividad" estaría el argumento de que se trata de una "condición abusiva de crédito". Por un lado, se hace que el consumidor emita a favor del prestamista un título cambiario por una cuantía en blanco o por una cuantía que puede ser muy superior a lo que en un momento dado falte por pagar. Desde otro punto de vista, el consumidor pierde la "garantía" que supone la comprobación objetiva por un tercero imparcial, un fedatario público, de que ha habido impago y de la cuantía que falta por satisfacer. Dicha garantía comporta unos costes, aunque están justificados.

A favor de la licitud, ciertas audiencias provinciales señalan en sus sentencias que el consumidor no pierde posibilidades de defensa. Si, finalmente, el prestamista le reclama sin justificación (porque no hubo impago) una cantidad excesiva, el consumidor podrá oponerse a la reclamación y demostrarlo. Por lo tanto, defienden esta forma de instrumentación del recobro del banco porque facilita dicho recobro, ahorra gastos y no impide que el consumidor pueda defenderse.

Parece, no obstante, razonable pensar que se trata de una práctica abusiva. El consumidor puede defenderse, sí, pero con los bienes ya embargados, y además con el coste que todo ello conlleva (contratación de abogado y procurador, estudio del caso, etc.). Darle al banco un título cambiario "gratis", en blanco o por una cuantía excesiva, supone facilitar demasiado el cobro y cargar al consumidor con la carga de la prueba de que pagó (cuando tal carga de la prueba corresponde al banco).

5. Títulos de financiación: obligaciones, deuda pública

La letra de cambio, el cheque o el pagaré son títulos que incorporan un derecho de crédito y se emiten de forma individualizada. Existen, no obstante, otros títulos que incorporan un crédito y que se emiten en serie, entre los que destacan las obligaciones y los títulos de deuda pública. Por medio de ellos, las empresas o las administraciones públicas obtienen financiación. Estos títulos en realidad incorporan un contrato de préstamo de especiales características. La empresa que precisa financiación emite obligaciones por el valor preciso, por cuya venta obtiene un dinero actual, obligándose a restituir en el tiempo fijado el principal más unos intereses. Al ser cada una de estas obligaciones de un valor bajo, es fácil colocarlas entre muchos pequeños inversores. Los títulos de deuda pública también participan de estas características.

La emisión de obligaciones, actualmente, está limitada a las sociedades anónimas y a las comanditarias por acciones (arts. 401.1 y 402 TRLSC), por entenderse que son las únicas grandes sociedades que precisan de financiación de este tipo. La emisión de obligaciones por las sociedades anónimas se regula en los artículos 401 y siguientes TRLSC. La sociedad podrá emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda, siempre que el importe total de las emisiones no sea superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda (art. 405.1 TRLSC).

El conjunto de obligacionistas configuran el llamado sindicato de obligacionistas, que se reúne periódicamente en asamblea y están representados por el comisario del sindicato de obligacionistas.

Un tipo especial de obligaciones son las "obligaciones convertibles" en acciones. Son obligaciones que, además del derecho a la restitución del capital y a intereses, confieren a su titular el derecho a convertirse en accionista en los plazos que se fijen al efecto. Al emitir obligaciones convertibles, debe también acordarse el aumento de capital preciso para cubrir las futuras solicitudes de conversión, ya que habrá que emitir nuevas acciones y aumentar el capital. El obligacionista que ejercite su derecho de conversión deja de ser obligacionista y se convierte en socio.

La "deuda pública" se emite para la financiación de la Administración pública. Los títulos llevan el nombre de bonos y obligaciones, cuando son deuda pública a largo plazo, y letras y pagarés cuando son deuda pública a corto plazo. Estos títulos son de una cuantía relativamente importante, y muchos de ellos se colocan al ser comprados por fondos de inversión y otros inversores institucionales.

Hay que destacar que normalmente los pagarés y las letras, que son deuda pública a corto plazo, se compran por un valor menor al valor nominal. El interés está en la diferencia entre el valor que se paga y el valor nominal, que es el que se recibe cuando vence el plazo. Este sistema de pago de intereses se denomina "al tirón". El tipo de interés suele fijarse por un mecanismo de subasta quincenal.

De acuerdo con el artículo 94 de la **Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria**, la creación de deuda del Estado habrá de ser autorizada por ley. A tal efecto, la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) establecerá el límite de la variación del saldo vivo de deuda del Estado de cada ejercicio presupuestario, al que se ajustarán las operaciones financieras que impliquen creación de deuda. Y se entenderá neto de las variaciones de las posiciones activas de tesorería mantenidas por el Estado en el Banco de España o en otras entidades financieras. Y se entenderá automáticamente modificado como consecuencia del aumento o disminución bien de los pagos que, al amparo de previsiones legales, deban atenderse, o bien de los ingresos efectivamente recaudados respecto de los previstos en la LPGE. Asimismo, en desarrollo de la autorización legal de creación de deuda para un año, el ministro de Economía puede crear deuda del Estado durante el mes de enero del año siguiente por un importe que no incremente la misma en más del 15% de aquella autorización. Dicho incremento se computará a efectos del cumplimiento del límite de creación de deuda que legalmente se autorice para el conjunto del segundo de los años citados.

Resumen

Los títulos-valor son documentos que incorporan una promesa unilateral de realizar una prestación a favor de quien resulte legítimo tenedor del mismo. Son, por lo tanto, documentos que incorporan un derecho, de tal modo que la tenencia del documento equivale a la tenencia de ese derecho. Esto permite que la circulación de derechos sea mucho más rápida y facilita y da fluidez al tráfico económico de bienes y servicios.

Dentro de los títulos-valor de pago se incluyen la letra de cambio, el cheque y el pagaré. Nacida en la Edad Media con el objeto de permitir el traspaso de fondos de una plaza a otra, la letra de cambio toma su nombre del primitivo contrato de cambio, principal oficio de los banqueros. El cambio, que en un principio fue real (permuta de unas monedas por otras en la misma plaza), tuvo que realizarse un día de plaza a plaza, con lo que el banquero se obligaba a devolver y entregar en una determinada plaza las monedas recibidas en otra plaza distinta. No obstante, hasta el siglo XVI no se produce su caracterización como título de pago, lo cual sucede gracias a la incorporación de la cláusula a la orden y del endoso.

La Ley Cambiaria y del Cheque (LCCh) de 16 de julio de 1985 regula la letra de cambio, el cheque y el pagaré, estableciendo un sistema de obligaciones cambiarias basado en la apariencia y en la buena fe.

Existen también otros títulos que incorporan un crédito y que se emiten en serie, entre los que destacan las obligaciones y los títulos de deuda pública. Por medio de ellos, las empresas o las administraciones públicas obtienen financiación. Estos títulos en realidad incorporan un contrato de préstamo de especiales características. La empresa que precisa financiación emite obligaciones por el valor preciso, por cuya venta obtiene un dinero actual y se obliga a restituir el principal más unos intereses en el tiempo fijado. Al ser cada una de estas obligaciones de un valor bajo (constituyen partes alícuotas de un crédito), es fácil colocarlas entre muchos pequeños inversores. Los títulos de deuda pública también participan de estas características.

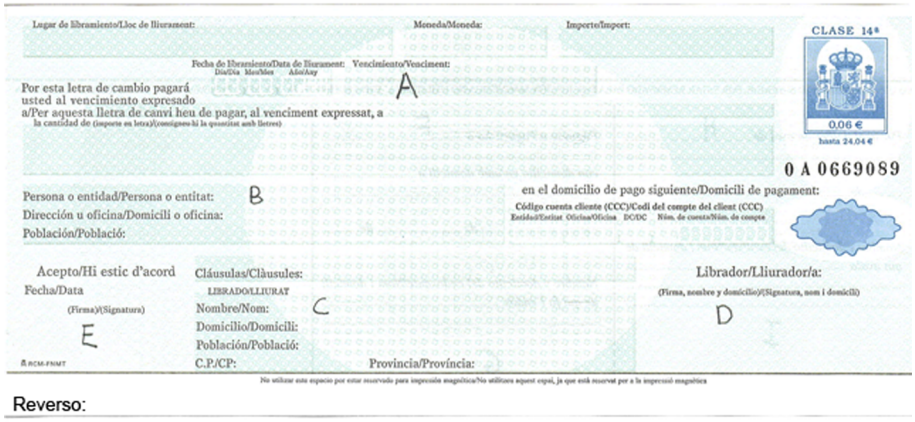
Ejercicios de autoevaluación

La letra de cambio

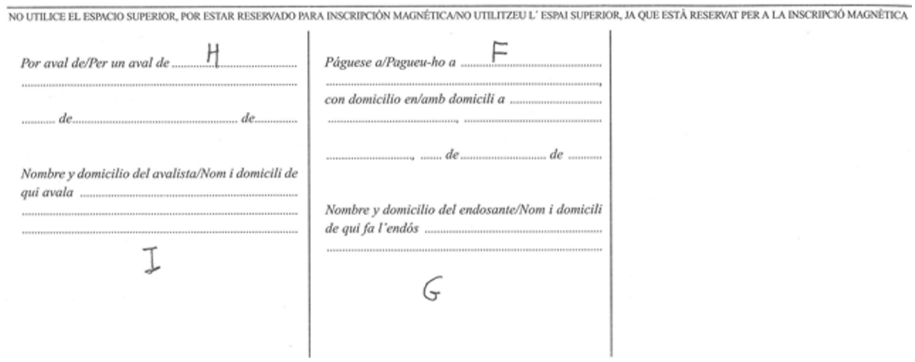
Pavimentos del Noreste S. A. (PAVINOSA), con domicilio en la calle Ample, 56, de Barcelona, y cuya consejera delegada es doña Luisa Tamames, emitió una letra de cambio el día 17 de marzo del presente año contra Porcelanas Finas, S. L., con domicilio en la calle Escudellers, 50, de Barcelona, y cuyo administrador único es don José Luis Doresa, y se la entregó para pago de una deuda de 5.000 euros a don Tomás Gutiérrez, con domicilio en la calle Muntaner, 122, de Barcelona. La letra fue domiciliada en el Banco Pastor, sucursal 9, de la calle Aribau, 33. PAVINOSA había pedido a Porcelanas Finas S. L. que aceptara la letra y le prometió que antes del vencimiento pondría a su disposición la cantidad de 5.000 euros (promesa que incumplió). El vencimiento se estableció a tres meses desde la aceptación y ésta se hizo constar en la letra en el mismo momento de la emisión. También en ese momento, y por exigencias del tomador, la obligación del librador fue avalada por Mateo Linares. El día 25 de marzo, don Tomás Gutiérrez endosó la letra en blanco a Suministros Industriales S. L., cuyo administrador es Leocadio Santurce, y el día 26, Suministros Industriales S. L. hizo un endoso al portador a favor de doña Cristina Sánchez, quien al entregar la letra a don Cirilo Fuentes, le puso como endosatario.

Con estos datos y el modelo de letra de cambio que seguidamente se incorpora, contesta las siguientes preguntas:

Anverso:



Reverso:



1. En el modelo de letra donde consta la letra A debe figurar:

a) Tres meses fecha.
b) Tres meses vista.
c) 17 de junio del año en curso.

2. Donde consta la letra B debe figurar:

a) Pavimentos del Noreste S. A.
b) Porcelanas Finas S. L.
c) Tomás Gutiérrez.

3. Donde consta la letra C debe figurar:

a) Porcelanas Finas S. L.
b) Jose Luis Doresa.
c) Pavimentos del Noreste S. A.

4. Donde consta la letra D debe figurar:

a) La firma de José Luis Doresa con la antefirma Porcelanas Finas S. L.
b) La firma de Luisa Tamames con la antefirma PAVINOSA.
c) La firma de Tomás Gutiérrez.

5. Donde consta la letra E debe figurar:

a) La firma de José Luis Doresa con la antefirma Porcelanas Finas S. L.
b) La firma de Luisa Tamames con la antefirma PAVINOSA.
c) La firma de Tomás Gutiérrez.

6. Donde consta la letra F debe figurar:

a) Cirilo Fuentes.
b) Suministros Industriales S. L.
c) Cristina Sánchez.

7. Donde consta la letra G debe figurar:

a) La firma de Tomás Gutiérrez.
b) La firma de Cristina Sánchez.
c) La firma de Leocadio Santurce con la antefirma Suministros Industriales.

8. Donde consta la H debe figurar:

a) Pavimentos del Norte S. A.
b) Luisa Tamames.
c) Ambas son verdaderas.

9. Donde consta la I debe figurar:

a) La firma de Tomás Gutiérrez.
b) La firma de Luisa Tamames con la antefirma PAVINOSA.
c) Ambas son falsas.

10. Si Cirilo Fuentes presentara la letra al pago el día 18 de junio y éste se denegara y no se levantara protesto ni se hiciera constar la declaración equivalente...

a) tendría acción cambiaria contra Porcelanas Finas S. L.
b) tendría acción cambiaria contra José Luis Doresa.
c) Ambas son falsas.

11. En el mismo caso de la anterior pregunta...

a) tendría acción cambiaria contra el Banco Pastor.
b) tendría acción cambiaria contra Tomás Gutiérrez.
c) Ambas son falsas.

12. El plazo para levantar protesto en esta letra es...

a) de ocho días hábiles a partir del vencimiento.
b) de nueve meses a partir del vencimiento.
c) Ambas son falsas.

13. Si, denegado el pago, se hubiese hecho constar la declaración equivalente al protesto, Cirilo Fuentes...

a) tendría acción cambiaria contra Porcelanas Finas S. L.
b) tendría acción cambiaria contra Luisa Tamames.
c) Ambas son verdaderas.

14. En el mismo caso que la pregunta anterior...

a) tendría acción cambiaria contra Suministros Industriales S. L.
b) tendría acción cambiaria contra Cristina Sánchez.
c) Ambas son falsas.

15. En el mismo caso de la pregunta 13, Cirilo Fuentes...

a) podría reclamar conjuntamente a Mateo Linares y a Tomás Gutiérrez.
b) podría reclamar conjuntamente a José Luis Doresa y a PAVINOSA.
c) Ambas son verdaderas.

16. Si, habiéndose levantado protesto, Cirilo Fuentes reclamara a PAVINOSA, ésta...

a) tendría que pagar.
b) podría alegar que no es obligada cambiaria.
c) Ambas son falsas.

17. En el mismo caso de la pregunta anterior, si reclama al Banco Pastor, éste...

a) tendría que pagar.
b) podría oponerse alegando que no es obligado cambiario.
c) Ambas son falsas.

18. En el mismo caso que la pregunta anterior, si reclama a Cristina Sánchez, ésta...

a) tendría que pagar.
b) podrá oponerse alegando que no es obligada cambiaria.
c) Ambas son falsas.

19. Si, habiéndose levantado protesto, Cirilo Fuentes reclamara el pago a Porcelanas Finas S. L., ésta...

a) tendría que pagar.
b) podría oponerse alegando que PAVINOSA no le había hecho la provisión de fondos.
c) Ambas son falsas.

20. Si PAVINOSA pagara el importe de la letra y posteriormente reclamara a Porcelanas Finas S. L., ésta...

a) tendría que pagar.
b) podría oponerse alegando que PAVINOSA no le había hecho la provisión de fondos acordada.
c) Ambas son falsas.

21. Si en el anverso de la letra apareciera la firma de Don Felipe Ponce...

a) Felipe Ponce sería avalista de PAVINOSA.
b) Felipe Ponce sería avalista de Porcelanas Finas S. L.
c) Ambas son falsas.

22. Si la letra de cambio llevara inserta la cláusula "no a la orden"...

a) la letra no podría endosarse, pero sí ser objeto de cesión ordinaria.
b) no sería necesario levantar protesto ni hacer constar la declaración equivalente para accionar en vía de regreso.
c) Ambas son falsas.

23. El avalista...

a) puede obligarse por menor importe que el avalado.
b) puede sujetar el aval a condición.
c) Ambas son verdaderas.

24. Si la firma de un obligado cambiario es falsa...

a) la letra de cambio es nula.
b) el resto de obligaciones cambiarias son válidas por tratarse de obligaciones autónomas.
c) Ambas son falsas.

25. Si presentada una letra plazo vista a la aceptación, ésta se deniega...

a) mantengo la vía directa contra el aceptante.
b) necesito protesto o declaración equivalente para conservar la vía de regreso.
c) Ambas son verdaderas.

El cheque

26. En el cheque...

a) tiene que haber siempre aceptación.
b) el librado es siempre un banco.
c) Ambas son verdaderas

27. El cheque...

a) es un título valor pagadero a la vista.
b) puede extenderse nominativamente o al portador.
c) Ambas son verdaderas

28. El plazo de presentación al cobro de un cheque emitido en Europa y pagadero en España es de...

a) 15 días.
b) 20 días.
c) 60 días.

El pagaré

29. El pagaré...

a) tiene los mismos vencimientos que la letra de cambio.
b) es transmisible por endoso.
c) Ambas son verdaderas.

30. Si en un pagaré plazo vista me deniegan el "visto"...

a) levantaré protesto y podré accionar sin esperar al vencimiento contra el firmante y el resto de obligados en vía de regreso.
b) la fecha del protesto servirá para el cómputo del plazo de vencimiento.
c) Ambas son falsas.

31. En el pagaré, la posición del firmante equivale a la fusión de las figuras de...

a) aceptante y endosante.
b) librador y aceptante.
c) Ambas son falsas.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. b

3. a

4. b

5. a

6. a

7. a

8. a

9. a Deberá constar la firma de Mateo Linares.

10. a La acción directa se ejercita frente a la sociedad que es la obligada cambiaria, no frente a su representante.

11. c El banco domiciliatario no es obligado cambiario y la acción de regreso frente a Tomás Gutiérrez se ha perdido al no hacerse constar el protesto o la declaración equivalente en tiempo oportuno.

12. a

13. a Luisa Tamames no es obligada cambiaria, lo es PAVINOSA, la sociedad a la que representa.

14. c Suministros Industriales "desaparece" al hacer un endoso al portador y Cristina Sánchez completa el endoso en blanco realizado por Tomás Gutiérrez poniendo como tenedor a Cirilo Fuentes, con lo que al no firmar, no queda obligada cambiariamente y tampoco consta como endosataria.

15. a José Luis Doresa no es obligado cambiario, lo es la sociedad Porcelanas Finas S. L., a la que representa.

16. a

17. b

18. b

19. a

20. b

21. b

22. a

23. a

24. b

25. c

26. b

27. c

28. b

29. c

30. b

31. b

Glosario

aceptación *f* Declaración por la que el librado asume la obligación de pagar la letra a su vencimiento. Con la aceptación, el librado se convierte en aceptante y se compromete a cumplir el mandato de pago recibido del librador.

aval *m* Declaración cambiaria por la que una persona garantiza la obligación de pago de la letra asumida por un obligado cambiario.

cheque *m* Título que incorpora una orden de pago que el cliente (librador) de un banco (librado) da a éste para que pague una cantidad determinada de dinero a la persona en él designada (tomador), siempre que exista una previa provisión de fondos del librador en poder del librado.

declaración cambiaria originaria *f* La que origina el nacimiento de la letra del librador al ordenar al librado que pague la letra a su vencimiento.

declaración equivalente al protesto *f* Declaración del librado por la que deniega el pago o aceptación de la letra, el visto o pago del pagaré, o el pago del cheque.

endoso *m* Declaración puesta en la letra por la que el tenedor de la misma (acreedor cambiario) transmite su derecho a otra persona ordenando que se le pague a ella o a su orden.

letra de cambio *f* Título-valor emitido por una persona (llamada "librador") que ordena a otra (llamada "librado") que realice el pago de una cantidad a un tercero (denominado "tomador") o a quien éste designe, en un momento determinado.

pagaré *m* Título-valor donde tan sólo intervienen dos personas. Una de ellas, la que firma el pagaré (firmante), se obliga a pagar una cantidad a la segunda (o a la persona que ésta designe en el endoso).

protesto notarial *m* Acreditación notarial de la falta de aceptación o de pago de la letra, de la falta de "visto" o de pago del pagaré, o de la falta de pago del cheque.

título-valor *m* Documento que incorpora una promesa unilateral de realizar una prestación a favor de quien resulte legítimo tenedor del mismo.

vencimiento de la letra *m* Fecha en que la letra debe ser pagada.

Bibliografía

Bibliografía principal

Valpuesta Gastaminza, E. (2008). *Derecho para universitarios*. Pamplona: Eunate.

Bibliografía complementaria

Broseta Pont, M. (2007). *Manual de derecho mercantil* (14.ª ed. a cargo de F. Martínez Sanz, vol. II). Madrid: Tecnos.

Jiménez Sánchez, G. (coord.). *Derecho mercantil* (12.ª ed., vol. II). Barcelona: Ariel.

Menéndez, A. (dir.) (2006). *Lecciones de derecho mercantil* (4.ª ed.). Madrid: Civitas.

Sánchez Calero, F. (2006). *Instituciones de derecho mercantil* (29.ª ed., vol. II). Madrid: Aranzadi.

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

Uría, R. y Menéndez, A. (dir.). (2007). *Curso de derecho mercantil* (2.ª ed., vol. II). Madrid: Civitas.

Valpuesta Gastaminza, E. (coord.). **Llorente Gómez de Segura C.**; **Sánchez Lerna, G. A.** (2000). *Práctica cambiaria*. Barcelona: Marcial Pons.

Derecho concursal

Eduardo Valpuesta Gastaminza

PID_00156236

Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción 5

Objetivos 6

1. Concepto, finalidad y régimen legal del derecho concursal ... 7
1.1. Concepto y finalidad del derecho concursal 7
1.2. Régimen legal aplicable 7

2. La declaración de concurso: requisitos y procedimiento 10
2.1. Requisitos sustantivos 10
2.2. Procedimiento 10
2.3. El juez del concurso 11

3. La declaración de concurso: efectos 12
3.1. La Administración concursal 12
3.2. Efectos sobre la capacidad de administración patrimonial del deudor 13
3.3. Efectos sobre la persona del deudor 13
3.4. Efectos sobre los créditos y acreedores 14
3.5. Efectos sobre las garantías reales 14
3.6. Efectos sobre los contratos pendientes de ejecución 15
3.7. Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa del concurso 15

4. Fase común 17
4.1. La fase común 17
4.2. Masa activa del concurso 17
4.3. Créditos contra la masa 18
4.4. Masa pasiva del concurso 19
4.4.1. Determinación de la lista de créditos 19
4.4.2. Graduación de los créditos 19
4.5. Informe de la Administración concursal 22

5. Fase de convenio 24
5.1. Procedencia y contenido del convenio 24
5.2. Convenio anticipado 25
5.3. Convenio ordinario 25
5.4. Efectos del convenio 26

6. Fase de liquidación 28

7. Calificación..... 30

8. Algunas cuestiones procesales y de derecho internacional privado..... 31

Resumen..... 32

Actividades..... 33

Ejercicios de autoevaluación..... 33

Solucionario..... 35

Glosario..... 37

Bibliografía..... 39

Introducción

El derecho concursal regula la situación en la que un deudor con varios acreedores no puede pagarles al vencimiento de sus créditos. En esta situación, si el derecho no hiciera nada, muy posiblemente se produciría una injusticia: los acreedores que primero cobren lo harán de forma íntegra y los siguientes no tendrán nada que cobrar. Además, de producirse esta desigualdad entre acreedores, el patrimonio del deudor, que es insuficiente, se agotaría ya, sin poder producir nuevos réditos o rentabilidades que incrementen las posibilidades de pago. Por esta razón, el derecho concursal permite que tanto deudor como acreedores, demostrando la insolvencia, logren la declaración de concurso y con ello eviten desde ese momento que los acreedores puedan cobrar sus créditos. Esta "paralización de los cobros" tiene una doble finalidad. Por un lado, permite tener un tiempo para determinar cuál es la situación real del patrimonio del deudor y, a partir de aquí, también decidir si merece la pena llegar a un acuerdo para cobrar de otra forma o si es mejor liquidar. Por otra parte, hace que los acreedores "concurran" a la vez, en pie de igualdad, en un proceso único para todos.

Objetivos

Los objetivos de este módulo son los siguientes:

1. Comprender cuáles son los fines del procedimiento concursal.

2. Conocer, básicamente, quién puede solicitar el concurso y con qué requisitos.

3. Distinguir qué consecuencias tiene que se declare el concurso de un deudor respecto a su capacidad de actuación, de sus créditos y de sus acreedores.

4. Saber cómo se determina, básicamente, el conjunto de bienes del deudor y, con más detalle, el conjunto de deudas, graduando éstas en función de los criterios fijados por el legislador.

5. Conocer cuándo, por quién y cómo se puede presentar una propuesta de convenio y cómo se intenta su aprobación, bien por la vía anticipada o por la ordinaria.

6. Discernir cuándo procede la liquidación del patrimonio del concursado comprender los criterios básicos que establece la ley para proceder a tal liquidación.

7. Comprender cuándo procede abrir la fase de calificación, los fines de la misma, las diferentes formas de calificación y sus consecuencias básicas.

8. En conclusión, entender qué sentido tiene el derecho concursal: impedir el cobro actual de los créditos, someter a todos los acreedores a un mismo procedimiento y determinar cuál es el patrimonio del deudor y si es mejor llegar a un convenio o proceder a una liquidación.

1. Concepto, finalidad y régimen legal del derecho concursal

1.1. Concepto y finalidad del derecho concursal

El derecho concursal viene a resolver un problema básico: la situación de un deudor con varios acreedores, que no puede satisfacer el conjunto de sus deudas. En tal caso existe el peligro cierto de que los acreedores más precavidos o mejor informados (en cierta forma, los menos considerados con el deudor) cobren pronto sus créditos, con lo que disminuyen el patrimonio del deudor y los demás acreedores (más considerados o, simplemente, peor informados) pueden quedar perjudicados, porque con el patrimonio restante no hay suficiente para satisfacer sus créditos. Se produciría una desigualdad no justificada.

La imposibilidad de pago puede venir: a) de que el deudor es solvente, contablemente hablando, pero *no tiene liquidez* suficiente para pagar (en la mayoría de casos, porque a él no le pagan sus propios deudores, por lo que no puede hacer efectivos los créditos que tiene en su activo); b) de que el deudor es *insolvente*, tiene un activo inferior al pasivo.

En esta situación, lo que pueden hacer tanto el deudor como los acreedores es solicitar la apertura de un procedimiento judicial que tiene como efecto fundamental el que todos los créditos del deudor se satisfacen a la vez y de forma conjunta. De esta forma, la mayoría de los acreedores se sujetan a las mismas condiciones y se evita que la actuación más pronta de unos perjudique a los demás. Esa igualdad que supone la sujeción de todos los acreedores a un único procedimiento de exigibilidad de sus créditos se denomina *par condicio creditorum* (igualdad de condición de los acreedores).

Así, además, se logra una maximización del patrimonio del deudor. Si se cobra de una forma organizada y se estudian las posibilidades de pago, se podrá lograr, por ejemplo, una serie de pagos escalonados que permitan al deudor seguir gestionando su empresa y seguir generando recursos con los que ir pagando las deudas.

Por lo tanto, se trata no sólo de una lógica jurídica (igualdad de los acreedores), sino económica (maximización del patrimonio).

1.2. Régimen legal aplicable

Antes del 2004, existían hasta cuatro procedimientos concursales distintos que se producían combinando dos series de variables:

- **Comerciante y no comerciante.** Se consideraba que la insolvencia de un comerciante debía ser tratada con mayor rigor, pues existe una mayor negligencia de éste.

- **Insolvencia e iliquidez.** En casos de insolvencia (insuficiencia patrimonial, activo inferior al pasivo), se parte de que la situación es irreversible y no cabe una solución negociada ni mantener la empresa; habrá que acudir a una liquidación para salvar lo que se pueda. En casos de iliquidez (el activo es superior al pasivo, pero el deudor no tiene "liquidez" –metálico– para satisfacer sus deudas), se trata de una dificultad provisional y se podrá llegar a una solución negociada (perdonando parte de la deuda o esperando para el cobro).

Combinando estas dos consideraciones dobles, surgían cuatro procedimientos: a) para el comerciante insolvente, la quiebra, regulada básicamente en el CdeC 1885; b) para el comerciante en iliquidez, la suspensión de pagos, regulada en una ley de 1922; para el no comerciante insolvente, el concurso, regulado básicamente en el Cc de 1889, y d) para el no comerciante en iliquidez, la quita y espera, regulada básicamente en Cc de 1889.

Como la situación anterior era pésima (varios procedimientos bajo leyes antiguas y obsoletas), se han sucedido los intentos de reforma que culminaron en el 2003. Se promulgan dos leyes:

- **Ley Concursal**, de 9 de julio del 2003 (entró en vigor el 1 septiembre del 2004). Regula un único procedimiento concursal, sin distinguir entre comerciantes o no comerciantes, ni insolvencia o iliquidez.

- **Ley Orgánica Complementaria de la Concursal**, de 9 julio del 2003 (entró en vigor el 1 septiembre del 2004). Regula dos cuestiones que son materia de ley orgánica: limitación de los derechos fundamentales del concursado y creación de los jueces de lo mercantil, modificando la LOPJ.

En el 2009 se produjo una reforma relevante en la Ley Concursal, mejorando algunos aspectos que se habían mostrado problemáticos, e introduciendo algunas instituciones que los tiempos de crisis mostraban como necesarias (tramitación del convenio por escrito, liquidación anticipada, no rescisión de ciertas refinanciaciones, etc.). La reforma se realizó mediante el Decreto ley 3/2009, de 27 de marzo. Posteriormente, la Ley de Implantación de la Nueva Oficina Judicial, de 3 de noviembre del 2009 también ha modificado, pero con un alcance mucho menor, varios preceptos.

En el sector económico del sistema financiero (banca, bolsa y seguros) existe un interés por impedir que una entidad caiga en situación de insolvencia, pues, en tal caso, los clientes perderían credibilidad en el sistema y podrían dejar de

ahorrar o invertir, con las gravísimas consecuencias que ello conlleva. Por eso, en dicho ámbito existen unas normas especiales, "paralelas" a las concursales, que constituyen el denominado "derecho paraconcursal".

Por esta razón, respecto a estas entidades existe un control especial centrado en dos aspectos:

a) control de solvencia: se les exige unos recursos mínimos iniciales, unos coeficientes de solvencia durante toda su actividad; la obligación de llevar contabilidad, de auditarla y de hacerla pública es más exigente, etc., y

b) intervención en los casos de crisis: si, pese al control señalado, la entidad está en crisis, el Estado tiene potestad para intervenir la empresa antes de que la situación sea más crítica, para sustituir a los gestores y para tomar medidas de saneamiento.

Estas medidas se encuentran recogidas, básicamente, en tres normas: la Ley de Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito (2005), en cuanto a entidades de crédito; la Ley de Mercado de Valores (1988), para empresas de servicios de inversión, y la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (texto refundido del 2004) para las entidades de seguros.

2. La declaración de concurso: requisitos y procedimiento

2.1. Requisitos sustantivos

Para la declaración de concurso no existe una cualificación especial según el sujeto. Cualquier persona, física o jurídica, e incluso "entidades" que no tienen personalidad jurídica, como la herencia puede ser declarada en concurso. Ahora bien, aun existiendo un régimen general igual para todos los deudores, existen algunas especialidades para ciertos tipos de sujetos (específicamente, para las sociedades).

En cuanto a los requisitos objetivos para declarar el concurso, el deudor debe estar en situación de "insolvencia". Se encuentra en ella la persona que "no puede cumplir regularmente las obligaciones exigibles".

Como esto resulta un tanto abstracto, en realidad la ley fija los casos concretos en que se entiende que se manifiesta este estado de insolvencia, a partir del cual podrá solicitar el concurso el deudor o un acreedor. Son cinco: el embargo infructuoso de bienes, el sobreseimiento general en los pagos, el embargo generalizado de bienes del deudor, el alzamiento de bienes (o la liquidación apresurada de los mismos) y el incumplimiento general de alguna de estas obligaciones durante tres meses: obligaciones tributarias, obligaciones salariales, y pagos a la Seguridad Social.

2.2. Procedimiento

La solicitud de concurso puede provenir del deudor. Se habla, en tal caso, de "concurso voluntario". Puede hacerlo para "obligar" a los acreedores a llegar a un acuerdo, para evitar más ejecuciones, para hacer "un alto en el camino" y ver cómo superar una situación de crisis, etc.

La ley parte de que es bueno que el deudor solicite el concurso cuando prevea una insolvencia cercana, o cuando ya sea insolvente, y por eso "incentiva" su solicitud (más adelante veremos algunas consecuencias negativas de no hacerlo).

Además, si el deudor está iniciando negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (ved más adelante 5.2), puede comunicarlo al juez y debe solicitar el concurso antes de que pasen cuatro meses; con ello, aunque un acreedor pida el concurso en el entretanto, esta solicitud no se tramitará (arts. 5.3 y 15.3 LCon). Pero si el deudor no pide el concurso pasados cuatros meses y algún acreedor lo solicitó, se iniciará el trámite de declaración del concurso a instancias del acreedor.

La solicitud de concurso también puede provenir de cualquier acreedor. Se habla, en tal caso, de "concurso necesario". No hace falta que la cuantía de su crédito sea importante; cualquier acreedor puede pedir la declaración.

Con la solicitud, el deudor o acreedor instantes del concurso deben alegar en qué datos se basan para considerar que existe la insolvencia que justifica su petición. El juez, tras admitir a trámite la solicitud si cumple los requisitos legales, dará audiencia a las partes (esto es especialmente importante si el concurso lo pide un acreedor, pues así el deudor puede –si lo desea– oponerse a la declaración y acreditar su solvencia). Practicadas las pruebas solicitadas por las partes y oídas éstas, el juez declarará o no el concurso.

Si se declara el concurso, el auto de declaración se publica en el BOE de forma extractada y se inserta en el Registro Público Concursal. Además, se hace constar esta situación en los registros pertinentes (civil, si es persona física; mercantil, si es empresario; y de la propiedad o de bienes muebles –en su caso–, si existen bienes inscritos a nombre del deudor).

2.3. El juez del concurso

Precisamente, tomando como base la reforma concursal, se modificó la LOPJ para crear los jueces de lo mercantil (para ello se promulgó la Ley Orgánica Complementaria de la Ley Concursal). Se partió de que era mejor que jueces especializados, con una formación no sólo jurídica, sino también económica y contable, se encargaran del concurso. Los jueces de lo mercantil no sólo tienen competencias en materias mercantiles (por ejemplo, tienen competencia en materia de arbitraje, civil o mercantil, o en materia de propiedad intelectual); y no tienen competencia para conocer todas las materias mercantiles (por ejemplo, los litigios en materia contractual –civil o mercantil– son de competencia del juez civil, excepto algunos contratos, como los de transporte o propiedad intelectual).

3. La declaración de concurso: efectos

3.1. La Administración concursal

En el mismo auto de declaración del concurso, el juez nombrará a los integrantes de la Administración concursal. Normalmente son tres, con la siguiente cualificación:

a) un abogado en ejercicio, con experiencia de al menos cinco años;

b) un economista, auditor de cuentas o titulado mercantil, con experiencia de al menos cinco años, y

c) un acreedor, que será ordinario o con privilegio general. Puede nombrarse un único administrador –que no podrá ser acreedor; esto es, debe ser de los nombrados como a) o b)– en los concursos abreviados (ved 8).

En diciembre de cada año, los colegios profesionales correspondientes (colegio de abogados, de economistas, etc.) entregan en los juzgados de lo mercantil la lista de los colegiados que, cumpliendo los requisitos exigidos, deseen ser nombrados administradores para el año siguiente. Con esta lista, el juez nombrará a los administradores al declarar el concurso, bien por sorteo en cada lista (y siguiendo luego el orden de lista), bien eligiendo a las personas que crea más competentes y adecuadas para cada concurso. La ley no impone si debe seguir el sistema de sorteo o de elección. Hay varios límites para el nombramiento, entre los que destaca que no se puede nombrar a una misma persona en más de tres concursos durante dos años seguidos (esto es para lograr una rotación, para que no siempre se elija a los mismos).

La ley regula bastantes cuestiones concretas acerca del régimen jurídico de los administradores, como las relativas al sistema de incompatibilidades y prohibiciones, la renuncia del administrador designado (sólo puede renunciar por causa justificada), la responsabilidad o la retribución.

> En este último aspecto existe un desarrollo reglamentario mediante el RD 1860/2004. La retribución debe ser suficiente para que el administrador acepte su encargo, pero no excesiva con el fin de no suponer un coste desproporcionado para un patrimonio que ya pasa por dificultades de pago. La idea básica es que existe un mínimo que cobrar en todo concurso, más un importe variable en función de la cifra de activo y pasivo (a mayor activo y/o pasivo mayor trabajo y/o complejidad). En la reforma del DLey 3/2009 se creó un sistema de fondo de garantía para poder pagar a los administradores cuando el concurso no tiene siquiera masa suficiente para esto.

La Administración concursal tiene, muy básicamente, tres grupos de funciones:

1) deben autorizar las decisiones del deudor, en el caso de concurso voluntario, o sustituirle, en el concurso necesario (como se verá más adelante); por lo tanto, supervisan la gestión o gestionan la empresa, según los casos;

2) deben elaborar un informe concursal donde determinan la situación patrimonial y las causas del concurso (ved más adelante 4.4.), así como emitir informes en las decisiones importantes;

3) deben supervisar y gestionar el concurso: avisar a los acreedores, recibir comunicaciones, supervisar la liquidación si ésta se produce, etc. Lo iremos viendo a lo largo de los siguientes epígrafes.

3.2. Efectos sobre la capacidad de administración patrimonial del deudor

La actividad empresarial del deudor se continúa como principio, bajo el régimen de sustitución o intervención que ahora veremos. Pero el juez puede acordar el cese de dicha actividad (por ejemplo, si ve que es totalmente perjudicial, que genera unas pérdidas importantes).

La regla general es que las facultades de administración de sus bienes se suspenden, siendo sustituido por los administradores, si el concurso es necesario (solicitado por los acreedores), y que las mantiene, pero debiendo contar con la autorización de los administradores, en el caso de concurso voluntario (pedido por el propio deudor). Sin embargo, el juez puede acordar también la sustitución en concursos voluntarios o la intervención en los supuestos de concursos necesarios. Así, la flexibilidad es la nota dominante en este régimen, en contraste con el automatismo legal del derecho anterior.

Si el deudor realiza algún acto por sí sólo, infringiendo las reglas de sustitución o intervención, el acto es anulable por los administradores (y no directamente nulo).

3.3. Efectos sobre la persona del deudor

Cuando el deudor es persona física, los efectos personales en cuanto a limitaciones a la libertad de deambulación y al secreto de la correspondencia se establecen en la Ley Orgánica de Reforma Concursal, siendo el juez quien decida lo más conveniente a este respecto.

Cuando el deudor es persona jurídica, el artículo 48 LCon establece algunas especialidades. La más relevante, seguramente, es la posibilidad de embargarse bienes de los administradores y liquidadores, de hecho o de derecho, si de lo actuado existen indicios de que el concurso será calificado como culpable y que la masa será insuficiente para lograr el pago de los créditos (en tales casos también pueden ser responsables de las deudas esos administradores y liqui-

dadores, como veremos). Aparte del concurso, sigue abierta la vía de ejercicio de las acciones que pueda haber contra administradores, auditores o liquidadores, en virtud de las normas societarias (art. 48.2 LCon).

3.4. Efectos sobre los créditos y acreedores

Uno de los efectos más importantes de la declaración es que ya no cabe iniciar acciones judiciales para cobrar los créditos y las acciones pendientes se suspenden. De esta manera, los acreedores no pueden cobrar de forma separada (excepto, como veremos, los titulares de derechos reales).

En cuanto a los créditos, como regla general, se suspende el devengo de intereses a los efectos del concurso, se interrumpen los plazos de prescripción y si, una vez declarado el concurso, se produce una situación conforme a la que el deudor es, recíprocamente, acreedor de un acreedor concursal, no se produce la compensación de créditos.

Si el deudor es, a la vez, acreedor de un acreedor suyo y esta reciprocidad de condición deudor-acreedor es anterior al concurso, no existe problema, pues se habrá producido ya la compensación antes del concurso.

El problema surge cuando, por ejemplo, el concursado es deudor de deuda ya vencida frente a *primus*, y, a su vez, *primus* es deudor de deuda aún no vencida frente al concursado, pero que vence tras la declaración de concurso. Cuando llegue este vencimiento, se producirá la situación de reciprocidad deudor-acreedor con posterioridad a la declaración de concurso. Si, en esta situación, la ley permitiera la compensación, en realidad estaría pagando su crédito (total o parcialmente) al acreedor. Por eso, la ley prohíbe o establece que no se produce compensación. El acreedor-deudor del concursado deberá pagar su deuda por entero, y para cobrar su crédito concurrirá con los demás acreedores.

3.5. Efectos sobre las garantías reales

Normalmente, los bienes más importantes están afectos en garantía real para el pago de las deudas de los acreedores profesionales (bancos, Estado, etc.). Por lo tanto, si estas garantías pudieran ser ejecutadas de forma normal, la masa de bienes quedaría muy disminuida y la satisfacción de los acreedores no profesionales, muy limitada.

La ley soluciona este problema estableciendo el siguiente sistema. Como regla general, las garantías reales persisten en la declaración de concurso. Si los bienes dados en garantía están afectos a la actividad empresarial del concursado, la posible ejecución de tales bienes se paraliza, como regla general, durante un año. La Administración concursal puede decidir pagar la deuda garantizada, con lo que "libera" así el bien de su garantía real y permite que siga afecto a la actividad empresarial, o, en caso de liquidación, que puedan liquidarlo los administradores y obtener una mayor rentabilidad. De esta forma, se permite a los administradores poder decidir lo más conveniente para los intereses de la masa, y se impone al acreedor tan sólo una suspensión por un plazo relativamente corto.

3.6. Efectos sobre los contratos pendientes de ejecución

Como regla general, los contratos pendientes de ejecución a la hora de declararse el concurso seguirán vigentes. Si cumplió el concursado, la contraparte (llamada parte *in bonis*) deberá cumplir su contraprestación. Si cumplió la parte *in bonis*, para recibir su contraprestación deberá acudir al concurso como un acreedor más. Si aún no ha cumplido ninguno, la Administración concursal decidirá si ejecuta el contrato por entero, para recibir la contraprestación, o si pide la resolución del contrato. En este segundo caso, el juez decidirá, tras oír a las partes, si resuelve o mantiene el contrato.

Los contratos laborales podrán rescindirse (despido colectivo) o modificarse sustancialmente las condiciones de trabajo (reducción de jornada, de salario, etc.); todo ello en función de lo que se decida en cuanto al cese de la empresa o a su continuación. En tales casos, los trámites varían respecto del "expediente de regulación de empleo", normalmente regulado en el ET.

> El empresario concursado expone su postura y sus intenciones a los representantes de los trabajadores, y se entabla entre ellos un período de consultas. Después de ello, la autoridad laboral administrativa da su opinión acerca del acuerdo al que se haya llegado o, si no hubo acuerdo, acerca de qué postura –del empresario o de los representantes de los trabajadores– le parece más defendible. Finalmente, decide el juez del concurso (no la autoridad laboral, como establece el ET para los casos en los que no hay concurso). Si se está en desacuerdo con la decisión del juez del concurso, se recurre en suplicación ante la jurisdicción laboral.

En ciertos casos, cabe rehabilitar ciertos contratos que se hayan resuelto por impago poco antes de la declaración de concurso. Así, cabe rehabilitar una compraventa a plazos que haya sido resuelta por impago de los plazos si la resolución se llevó a cabo dentro de los tres meses anteriores a la declaración de concurso. La Administración concursal podrá rehabilitar el contrato (y recuperar, así, el bien que, a causa de la resolución, tuvo que devolver al vendedor) siempre que pague los plazos debidos hasta ese momento y se comprometa a pagar por entero el resto de plazos a su vencimiento. Un régimen casi idéntico se establece para préstamos o créditos y para arrendamientos urbanos resueltos en los tres meses anteriores a la declaración de concurso.

3.7. Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa del concurso

En cierta forma, la ley parte de una cierta "sospecha" de que el concursado haya podido realizar actos perjudiciales para la masa antes del concurso. Por eso se establece, como regla general, que los administradores podrán rescindir todos los actos perjudiciales para la masa realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se habla de actos perjudiciales, con independencia de que haya habido ánimo fraudulento en su realización. Si supusieron una pérdida patrimonial, podrán rescindirse.

Si se rescinden, se recupera lo entregado, pero también hay que devolver lo que se recibió. Esto último, salvo que el tercero hubiera actuado de mala fe, en connivencia fraudulenta con el concursado y para perjudicar a los acreedores (en tal caso, ese tercero es un acreedor subordinado, como luego veremos).

En cuanto a la prueba del perjuicio, éste se presupone en ciertos casos, y no cabe demostrar lo contrario (por ejemplo, cualquier donación, salvo las liberalidades de uso). En otros supuestos, la ley presume que existe perjuicio, pero el deudor podría probar que no lo hubo (por ejemplo, constituir una garantía real a favor de una obligación ya existente). En todos los demás casos, la Administración concursal deberá demostrar el perjuicio al impugnar el acto.

En esta materia, el DLey 3/2009 ha introducido el matiz de que ciertas refinanciaciones pactadas con el deudor no se podrán rescindir si luego el deudor cae en concurso (aunque se pudiera demostrar que han sido perjudiciales). Para ello, tales refinanciaciones deben cumplir una serie de requisitos (disp. adic. 4.ª LCon). De esta forma, las entidades de crédito pueden refinanciar deuda, con ciertos requisitos, sin el peligro de que luego esos negocios se vean rescindidos si el deudor cae en concurso.

Los requisitos son, básicamente cuatro: a) la elaboración de un plan de viabilidad por parte del deudor que pidió la refinanciación; b) la emisión de informe por un experto independiente (nombrado por el registrador mercantil) acerca de lo razonable o irrazonable del plan de viabilidad (no se exige que el informe sea favorable, sólo que exista tal informe, esto es, que los acreedores voten conociendo un criterio acerca de la viabilidad de la recuperación del deudor); c) la aceptación de la refinanciación por acreedores que representen tres quintas partes del pasivo del deudor; d) la formalización del acuerdo en instrumento público.

4. Fase común

4.1. La fase común

Una vez declarado el concurso, intervenida la actividad del deudor y paralizadas posibles ejecuciones contra su patrimonio, hay que determinar cuál es la situación de la empresa, para luego poder decidir qué solución tomar. Por eso, tras la fase de declaración en el proceso, se tramita una "fase común" para todos los concursos, en la que se determina cuántos bienes (masa activa) y cuántas deudas (masa pasiva) hay. Tras esta fase común, conociendo ya la situación del patrimonio, deudor y acreedores podrán decidir si intentan un convenio o si van a la liquidación. Tras la fase común se abre la fase de convenio o la de liquidación.

4.2. Masa activa del concurso

Para determinar la masa activa, la Administración Concursal debe pasar de la "masa de hecho" a la "masa de derecho". La masa de hecho la constituyen los bienes que, de hecho, están en poder del concursado al ser declarado en concurso. De ella hay que: a) "sacar" los bienes que no son suyos (a esta operación se le denomina "separación" los propietarios de bienes que estén en poder del deudor solicitarán que les sean entregados; por ejemplo, bienes que el deudor tiene en *leasing*, y, por lo tanto, son de la empresa de *leasing*, o bienes que tiene en mandato de venta); b) "reintegrar" bienes que han salido y que deberían seguir en su poder; se trata de los actos perjudiciales para la masa que vimos en el apartado 3.7; de esta forma se obtiene la masa de derecho: están todos los bienes del deudor y sólo los bienes del deudor. En todo caso, los bienes inembargables del deudor no se incluyen en la masa activa (arts. 76.2 LCon y 605-607 LEC).

Determinada la masa de derecho mediante un inventario de los bienes, es preciso valorarla. Para ello se realiza un avalúo de los bienes. Si es preciso, la Administración concursal puede pedir a terceros técnicos en la materia que valoren bienes concretos, que por su complejidad o naturaleza no puedan ser valorados en su justo precio por una persona no especialista en la materia. El coste de esos expertos independientes corre a cargo de la Administración concursal.

4.3. Créditos contra la masa

Con carácter general, los créditos contra la masa son créditos generados por el propio concurso (gastos judiciales, de publicación, retribución de los administradores, etc.) o por la continuación de la actividad del concursado (esto es, créditos o decisiones postconcursales).

Su principal característica es que se pagan por entero y con carácter previo al pago de la mayoría de los acreedores concursales (esto es, de los acreedores por créditos generados antes del concurso). La única excepción es la de los créditos con privilegio especial: los bienes dados en garantía se venden; con el producto de la venta se paga primero a los acreedores garantizados, y, sólo si sobra algo, se destinará a pagar deudas de la masa.

El elenco de deudas de la masa está en el artículo 84 LCon:

1) Los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso, con un límite (el doble del SMI). Esta inclusión se realizó por razones de simple política legislativa: no son créditos generados por el concurso ni postconcursales, pero se trata de proteger con un mínimo a los trabajadores, dado que el salario es para ellos un crédito de subsistencia.

2) Las costas y gastos judiciales creados por el concurso, y las costas y gastos judiciales originados por los juicios que se continúen o inicien en interés de la masa.

3) Los alimentos del deudor y de las personas respecto a quienes tuviera el deber legal de prestarlos (cónyuge separado o divorciado, hijos, etc.).

4) Las deudas generadas por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial (que, como vimos, se continúa, como regla general) y las obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento concursal por el concursado y/o la Administración, según el régimen de intervención o sustitución acordado.

5) Las prestaciones a cargo del concursado en los contratos pendientes de ejecución que no se resuelvan por la Administración concursal (ved apartado 3.6); las prestaciones por rehabilitación de contratos de venta a plazos, crédito o arrendamiento (ved apartado 3.6), y las prestaciones generadas por la rescisión concursal de los actos perjudiciales para la masa (ved apartado 3.7.).

6) Las obligaciones nacidas de responsabilidad extracontractual después de la declaración de concurso.

7) Cualesquiera otros créditos a los que la LCon atribuye tal consideración (por ejemplo, la retribución de la Administración concursal).

Como se aprecia, aunque es lógico considerar a todos estos créditos como contra la masa, pagaderos al 100%, suponen un gravamen muy importante para un patrimonio que ya de por sí es insuficiente para pagar las deudas. Por eso, cuando la insolvencia es muy alta, a veces se prefiere no instar el concurso, pues las deudas de la masa agotan el poco patrimonio existente y los acreedores se quedan sin cobrar nada.

Durante el procedimiento, la Administración va informando acerca del importe de las deudas de la masa ya generadas, para saber hasta qué punto se sigue endeudando el concursado (y para no continuar el procedimiento si los costes del mismo ya han agotado el activo del deudor).

4.4. Masa pasiva del concurso

4.4.1. Determinación de la lista de créditos

Para fijar la lista de créditos se realizan los siguientes pasos. En primer lugar, se abre un periodo de comunicación de créditos: el mes siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso. En este plazo, los acreedores pueden comunicar sus créditos y adjuntar los documentos demostrativos de su existencia, cuantía y graduación (a esta comunicación se le suele llamar "insinuación").

La Administración concursal elabora una lista de créditos teniendo en cuenta las comunicaciones y documentos presentados por los acreedores, pero también la documentación del deudor (esto es, pueden reconocer como acreedor a alguien que no se haya insinuado. Es más, deben hacerlo si esa condición de acreedor se desprende claramente de la documentación del deudor).

Los acreedores o los terceros pueden impugnar la lista provisional elaborada por la Administración, solicitando la inclusión o exclusión de un crédito, o la modificación de su cuantía o su graduación. Cada impugnación se tramita (con fase de alegaciones, prueba, etc.) y se resuelve por el juez del concurso.

Por último, con el resultado de las impugnaciones, se modifica la lista provisional y se determina la lista definitiva. Aunque la sentencia del juez del concurso se puede recurrir en apelación, el concurso sigue adelante sin esperar el resultado de ésta. A los efectos del concurso, por lo tanto, la lista es definitiva.

4.4.2. Graduación de los créditos

La *par condicio creditorum* no es del todo cierta. Todos los acreedores se someten a un procedimiento igual, pero no todos están en igual posición. La ley gradúa los créditos en función de una serie de criterios. Es importante apreciar que lo que se gradúa u ordena son los créditos, y no los acreedores. Es muy común que un mismo acreedor sea titular de varios créditos con distinta graduación (por

ejemplo, créditos con privilegio general, cuyos intereses devengados antes del concurso son, a su vez, créditos subordinados). En estos casos, respecto a cada grupo de créditos, actuará conforme a su graduación y cuantía. Los créditos se agrupan en cuatro grados.

1) Créditos con privilegio especial. Son los que tienen constituida una garantía real para el pago de su importe. Así, los créditos hipotecarios (hipoteca inmobiliaria, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, hipoteca naval, etc.), los garantizados con anticresis, los refaccionarios, los garantizados con valores representados mediante anotaciones en cuenta y los garantizados con prenda constituida en documento público, o con prenda de créditos que conste en documento con fecha fehaciente; también los créditos por cuotas de *leasing* o plazos de compraventa a plazos, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio.

Así, parece que la empresa de *leasing*, o el vendedor a plazos con reserva de dominio pueden actuar de dos maneras: como propietario, "sacando" el bien de la masa, o como acreedor con privilegio especial, instando la venta del bien y cobrándose con el producto de la misma.

La anticresis es una figura bastante inusual, en la que los frutos de una finca (la cosecha, la fruta, etc.) se afectan al pago de una deuda.

Los créditos refaccionarios son aquellos donde la ley considera que el constructor de un bien tiene preferencia para cobrar por la construcción sobre el precio que se obtenga por ese bien. En el ámbito concursal es relevante que los trabajadores tienen preferencia para cobrar sobre los bienes por ellos elaborados.

Estos créditos se cobran con preferencia a todos los demás, y respecto del producto de la venta de los bienes afectos al pago de la deuda. Si sobra dinero de la venta de tales bienes, se incorpora a la masa; si falta dinero, por la parte no cobrada, el acreedor irá como un acreedor más, con el rango que corresponda a su deuda. Además, estos créditos no quedan vinculados por un posible convenio, salvo que sus titulares voten a su favor.

2) Créditos con privilegio general. Estos créditos se cobran con preferencia a los ordinarios y subordinados; y, además, cada "subrango" es preferente al siguiente: los acreedores privilegiados del número 1 cobran por entero, y, sólo cuando se les ha pagado, puede empezar a satisfacerse a los acreedores privilegiados del segundo escalón, y así sucesivamente. Además, no quedan vinculados por un posible convenio, salvo que los acreedores titulares del crédito voten a favor de tal convenio.

En esta graduación se encuentran en primer lugar los **créditos por salarios**, por indemnizaciones de extinción del contrato o por indemnizaciones de accidente laboral, con una serie de límites. Se trata, obviamente, de salarios o indemnizaciones devengadas antes del concurso (los que se generan después son deudas de la masa. Hay que recordar, además, que los de los treinta días anteriores al concurso ya se habrán pagado como deudas de la masa).

En segundo lugar, se pagan los **créditos por retenciones tributarias y de Seguridad Social** debidos por el concursado (esto es, el concursado retuvo a sus trabajadores ese dinero de sus nóminas, como estipula la ley, pero luego no lo ingresó en Hacienda o en la Seguridad Social).

En tercer lugar se encuentran los **créditos por trabajo personal no dependiente o por cesión de derechos económicos de propiedad intelectual**, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso.

Ejemplo

En el primer caso se trataría de los agentes mercantiles del empresario concursado, por ejemplo, que no son trabajadores dependientes pero desarrollan un trabajo personal. El creador intelectual contratado por el empresario no es un trabajador dependiente, pero su labor personal es parecida a la del asalariado. Por eso, aunque no se les equipara a los asalariados, sí se les privilegia.

En cuarto lugar, tenemos los **créditos tributarios**, de Seguridad Social y demás de derecho público; pero para los tributarios y de Seguridad Social, sólo hasta la mitad de su importe.

En quinto lugar se sitúan los **créditos por responsabilidad civil extracontractual**. Si esa responsabilidad no estaba asegurada, cobrarán en cuarto lugar, junto con los créditos de derecho público.

Esto es, si la responsabilidad estaba asegurada, el perjudicado cobrará del seguro; y la compañía aseguradora, al ejercitar su derecho de repetición, cobrará en este quinto lugar. Pero si la responsabilidad no estaba asegurada, el perjudicado cobrará en cuarto lugar, junto con los créditos de derecho público.

Por último, se encuentran los **créditos del acreedor** que instó el concurso que no tengan el carácter de subordinados, con un límite: la cuarta parte de tales créditos (los otros tres cuartos serán crédito ordinario). Se trata de un "premio" al acreedor que instó el concurso y que impidió un agravamiento de la insolvencia del deudor (insolvencia que se ha demostrado).

3) Créditos ordinarios. Los que no son privilegiados ni subordinados. Se cobran después que aquéllos y antes que éstos, y tienen derecho de voto en la junta para el convenio.

4) Créditos subordinados. Estos se cobran con postergación respecto a todos los créditos privilegiados y ordinarios (en definitiva, que no les llega para cobrar nada). Además, cada rango de acreedores subordinados cobra con preferencia respecto al siguiente y con postergación respecto al anterior. Los acreedores titulares de estos créditos no pueden votar el convenio (pese a que la propuesta de convenio puede tener aspectos referidos específicamente sólo a acreedores subordinados).

Los supuestos son siete:

1) Créditos comunicados tardíamente, cuya existencia no se dedujera de manera inequívoca de la documentación del deudor. Si se comunican tardíamente, aunque se incluyan en la lista, será como subordinados.

2) Créditos que se han pactado como subordinados.

Ejemplo

Es bastante común que las empresas emitan "deuda subordinada" mediante obligaciones, pagarés de empresa, etc. Se trata de títulos que otorgan a su titular el derecho a unos intereses y a la devolución del principal, pero donde se pacta que sólo se pagarán después de satisfacer las deudas "ordinarias" de la sociedad. De esta forma, a los demás acreedores de la empresa (sobre todo, bancos) no les perjudica esta emisión, pues no va a dificultar el pago de sus créditos, y los suscriptores están seguros de que los títulos se van a pagar, dada la solvencia de la empresa.

3) Créditos por intereses (se entiende, intereses devengados antes del concurso; declarado el concurso, no se devengan más intereses), salvo los intereses de deudas garantizadas con garantía real, que se cobrarán en el concurso hasta donde alcance el bien afecto al pago.

4) Créditos por multas y sanciones (obviamente, no incluye las indemnizaciones, que son un concepto distinto).

5) Créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado. Son personas allegadas al concursado persona física (familiares cercanos, cónyuge, etc.), o socios con participación relevante, o administradores del concursado persona jurídica (ved art. 93 LCon). La ley les subordina por su proximidad "personal" y, en cierta forma, "afectiva" al concursado, y también por una cierta sospecha de fraude (ya que, normalmente, los sujetos en crisis económica ponen bienes a nombre de sus allegados, desvían fondos, etc.).

Posiblemente, esto dificulte la financiación de las empresas familiares y pymes, pues los familiares del empresario individual y los socios mayoritarios ven desincentivado el realizar un préstamo a la empresa que pasa por dificultades.

6) Créditos por la rescisión de actos perjudiciales para la masa (ved lo dicho en el apartado 3.7), cuando el tercero sea de mala fe (se le devuelve lo que él entregó a la masa, pero sólo en último lugar si se ha podido pagar antes a todos los demás acreedores).

7) Créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas de los artículos 61, 62, 68 y 69 LCon si el juez constata que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato.

4.5. Informe de la Administración concursal

El informe de la Administración concursal es una de las claves del concurso, pues en él se determina claramente cuál es la situación del patrimonio del concursado (activo, pasivo, causas del concurso, etc.). El plazo para su reali-

zación es de dos meses, contados desde que hayan aceptado dos de los tres administradores. Excepcionalmente, cabría prorrogar, como máximo, por un mes más si concurren circunstancias extraordinarias (art. 74 LCon).

El informe contendrá:

a) análisis de los datos presentados por el deudor,

b) estado de la contabilidad del deudor y juicio sobre sus cuentas,

c) memoria de las principales decisiones y actuaciones de la Administración concursal. Al informe se unen, además, el inventario de la masa activa y la lista de acreedores.

Ese informe "inicial" es objeto de publicidad en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. En un plazo de diez días desde tal publicación se puede impugnar el inventario (para incluir o excluir bienes o para pedir una valoración distinta a la que figura ahí), así como la lista de acreedores (incluir o excluir acreedores, o modificar la cuantía o graduación de los incluidos). La impugnación la resuelve el juez del concurso, y frente a su decisión cabe recurso de apelación, pero no se espera al resultado de éste. El concurso continúa con el inventario y la lista según resulten de la decisión del juez al resolver las impugnaciones.

5. Fase de convenio

5.1. Procedencia y contenido del convenio

La fase de convenio constituye una de las dos vías de continuación del proceso concursal. Hasta ese momento, el procedimiento es común, indiferente a que se proceda a pactar un convenio o a realizar una liquidación. Pero, conocida la situación patrimonial del deudor, hay que resolver qué vía se sigue: el convenio (si se considera que la situación es reversible) o la liquidación (si se acepta que no hay solución a la crisis patrimonial). En el caso de que ninguna de las partes pida expresamente seguir una u otra vía, la ley opta por intentar primero el convenio, dado que es la vía "reversible" (si no se acepta un convenio siempre cabrá acudir a la liquidación; pero si se optara por liquidar, desde luego, ya no cabría convenir).

Se abrirá la fase de convenio si el deudor o los acreedores, como luego veremos, presenten una propuesta de convenio y si el deudor no pide la liquidación ni tampoco se han presentado propuestas de convenio. Esto es, si nadie dice nada, el juez abre de oficio la fase de convenio (para que se presenten propuestas en el plazo que luego se dirá). Por último, no procede abrir esta fase si el deudor pide la liquidación (lo puede hacer ya desde un principio, incluso con la solicitud de concurso).

Uno de los aspectos más relevantes de la nueva regulación es la limitación de los posibles contenidos del convenio. Frente a la libertad de contenidos del derecho derogado, el artículo 100 impone ciertos límites:

- Respecto a los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder la mitad del importe de cada uno de ellos ni las de espera pueden exceder los cinco años (parece que, respecto a los subordinados, sí puede superar esos límites).

- No cabe proponer cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago ni cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado.

- No cabe alterar la graduación de los créditos.

Aparte de estas prohibiciones, el legislador "apunta" posibles contenidos; así, cabe realizar propuestas alternativas (esto es, una solución A y, si no parece adecuada, una solución B), y puede haber proposiciones de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales.

Fuera de estas prohibiciones, y además de esas soluciones posibles, cabe acordar cualquier contenido del convenio que no sea contrario a normas imperativas, por ejemplo, continuar la actividad empresarial bajo la supervisión o control de representantes de los acreedores, etc.

5.2. Convenio anticipado

La propuesta anticipada de convenio es una vía de finalización rápida del concurso cuando ya las conversaciones para el mantenimiento de la empresa con los acreedores estén en una vía avanzada. Pero no todos pueden presentarla, pues esta vía queda prohibida para ciertos deudores.

> No podrán presentar esta propuesta los deudores que hayan sido condenados por sentencia firme por ciertos delitos (contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores; y en el caso de personas jurídicas, si los condenados han sido sus administradores o liquidadores) y los que hayan incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.
>
> A estos deudores no se les impide proponer convenio, o llegar a un convenio. Se les impide convenio anticipado, porque, dado que no son deudores muy "escrupulosos", es mejor discutir un convenio en junta y con pleno conocimiento del informe de la Administración concursal.

El deudor puede presentar una propuesta anticipada de convenio, siempre que esté avalada por la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados que supongan una quinta parte del pasivo. Los administradores concursales realizarán un informe sobre la viabilidad de la propuesta. Tras estos trámites, los restantes acreedores pueden manifestar su adhesión a la propuesta antes de que finalice el plazo de impugnación del informe de los administradores. De esta forma, cuando quede finalizada la fase común del concurso, el juez comprobará si las adhesiones formuladas, junto con las iniciales que avalaban la propuesta, cumplen las mayorías necesarias para la aprobación del convenio, y lo aprobará en tal caso.

5.3. Convenio ordinario

En la fase de convenio pueden presentar propuestas de convenio el deudor o los acreedores que representen en total un quinto del pasivo. También puede mantenerse la propuesta de convenio anticipado si no se logró su aprobación en la fase común.

El plazo para hacer propuestas es hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la junta. Los administradores concursales emitirán un informe sobre cada una de las propuestas presentadas. Si no se formula ninguna, el juez abre la vía de la liquidación.

La junta de aprobación del convenio se convoca por el juez al abrir la fase de convenio, dentro de los dos o tres meses desde que se abre la fase de convenio. Si el número de acreedores excede de 300, se podrá acordar por el juez la tramitación escrita del convenio, en vez de hacerlo en junta (para la tramitación escrita, ved el artículo 115 bis de la LCon).

A estos efectos de la aprobación del convenio, los acreedores privilegiados no quedan vinculados por él, salvo que voten a su favor (esto es, pueden abstenerse de acudir a la junta, o incluso acudir y votar en contra, o no votar; sólo les vincula si votan a favor). Los titulares de créditos ordinarios tienen derecho de voto y los titulares de subordinados no.

Ejemplo

No es raro que un acreedor privilegiado esté interesado en votar a favor; por ejemplo, Hacienda o la Seguridad Social (esto es, el poder público), que prefieren que la empresa no cierre y mantenga sus empleos; o un acreedor privilegiado que también tiene créditos ordinarios y quiere que se apruebe un convenio para cobrar éstos.

Como regla general (ved art. 124 LCon), la mayoría precisa para la aprobación es la mitad del pasivo ordinario del concurso (incluidos en tal pasivo ordinario los acreedores privilegiados que voten a favor).

Aprobado el convenio en la junta o en la tramitación escrita, puede ser impugnado por los administradores concursales o por los acreedores que no votaron a favor en la junta, fundándose en la infracción de normas legales, pero no en razones de posible conveniencia o justificación del contenido del convenio. Resuelta por el juez del concurso la impugnación, desestimándola, o a falta de impugnación, lo que procede es la aprobación del convenio por el juez.

5.4. Efectos del convenio

El convenio aprobado supone una "novación" de las deudas: lo debido hasta entonces se debe ahora con las quitas y/o esperas pactadas, o con las condiciones establecidas en el convenio. El concurso aún no ha acabado, sino que entra en una fase de "cumplimiento del convenio".

Si el convenio se cumple (el deudor acaba pagando lo pactado en los plazos establecidos, por ejemplo), el juez dictará finalmente auto de conclusión del concurso. Si el convenio se incumple, cualquier acreedor puede pedir la declaración judicial de incumplimiento, que dará lugar a la apertura de la fase de liquidación.

Si alguna de las deudas concursales estaba afianzada, en caso de convenio, el acreedor podrá ir contra el fiador por el total de la deuda si no votó a favor del convenio (el cual le vincula, pero sólo en cuanto a la obligación del deudor,

no del fiador); pero si votó a favor, la ley entiende que lo pactado (una quita, espera, etc.) afecta también al fiador y no podrá ya reclamarle el total de la deuda, o en el plazo inicialmente pactado.

6. Fase de liquidación

Procede abrir la fase de liquidación: a) si lo solicita el deudor; b) si en la fase de convenio no se han presentado propuestas de convenio; c) si en la fase de convenio no se ha podido aprobar ninguna de las propuestas presentadas; d) si, aprobada una propuesta de convenio, el convenio se ha incumplido. Como se aprecia, y en resumen: si lo pide el deudor o si no se llega a aprobar un convenio.

Como características más relevantes de esta fase, hay que destacar:

1) Los administradores deben presentar un plan de realización de bienes; el cual es puesto de manifiesto al deudor, a los acreedores y a los trabajadores para que realicen las alegaciones que crean convenientes. Tras este plazo, el juez aprobará el plan propuesto o sus modificaciones. El DLey 3/2009 ha añadido al articulado la posibilidad de que el deudor presente una propuesta de liquidación anticipada, sobre que informan los administradores concursales y pueden formular observaciones las partes interesadas, tras lo que el juez aprobará dicha propuesta íntegramente o con modificaciones.

2) Como regla general se intentará la realización unitaria del conjunto de establecimientos o unidades productivas, con lo que se evitará así que la venta de bienes de forma unitaria suponga una depreciación del valor conjunto y la pérdida del valor del fondo de comercio.

3) Se dará preferencia a las ofertas que propongan la continuación de la actividad empresarial (por ejemplo, un empresario del mismo sector que adquiera la empresa entera y vaya a continuar la actividad con productos de sus propias marcas).

Transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que haya finalizado, el juez, a petición de una parte, podrá separar a los administradores, por lo que éstos perderán su derecho a la retribución (la separación procederá si considera que la dilación no está justificada).

El pago de los créditos se realizará de acuerdo con su graduación, conforme a las reglas que ya hemos expuesto. Primero, los bienes afectos en garantía real se venden y, con el producto de la venta, se paga a los acreedores con privilegio especial. Si sobra, va a la masa. Después, conforme se van vendiendo bienes y logrando dinero, se pagan las deudas de la masa. A continuación, a medida que se van vendiendo bienes y logrando dinero, se paga a los acreedores privilegiados; después, a los ordinarios; y por último, los subordinados. En cada

grupo, se va pagando "escalón" por "escalón". No se pasa al escalón siguiente hasta pagar por entero el anterior. Si no hay suficiente para pagar un escalón entero, se paga a todos los acreedores por igual a prorrata.

7. Calificación

La calificación del concurso procede en los casos de aprobación de un convenio con quita superior a un tercio del importe de los créditos (o espera de más de tres años) y en los de apertura de fase de liquidación. Como se aprecia que la situación económica es realmente mala, se considera que debe indagarse si existió culpa del deudor en esa situación de insolvencia.

La calificación puede ser de fortuito o culpable. Será calificado de culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes (ved art. 164 LCon, donde se recogen supuestos que se consideran como acreditativos de ese dolo o culpa).

Si se califica el concurso como culpable, se determinará las personas a quienes afecte (deudor persona física y familiares, por ejemplo; administradores societarios del deudor, por ejemplo), con las siguientes consecuencias: a) se les inhabilitará durante un plazo de entre dos a quince años para la administración de bienes ajenos; b) pierden los derechos que pudieran tener como acreedores concursales y deben devolver los bienes o derechos que hubieren obtenido indebidamente; c) tiene especial importancia la norma según la que, en casos de concurso culpable y de liquidación que no baste para pagar a los acreedores, el juez podrá condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, actuales o que lo hayan sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso, al pago de todo o parte de lo que falte por cubrir.

El juez "podrá" condenar; no es obligatorio. Lo hará si observa que alguno/s de los administradores ha sido especialmente negligente en la gestión o se ha enriquecido a costa de la empresa que ha dejado en la ruina, etc. Por eso, la ley otorga al juez una amplia libertad, para que pueda apreciar quién ha sido realmente el culpable (puede ser un administrador de hecho –el socio mayoritario, por ejemplo, que formalmente no está nombrado administrador pero maneja de hecho la empresa–; y aunque haya cesado antes del concurso, intentando "escapar", no se librará si fue administrador en los dos años anteriores al concurso).

8. Algunas cuestiones procesales y de derecho internacional privado

El título VIII de la Ley Concursal recoge una regulación de ciertas cuestiones procesales generales. De entre ellas, cabe destacar las siguientes. Se establece un "procedimiento abreviado", que procede si el concursado es persona física o persona jurídica que pueda presentar balance abreviado, y si el pasivo no es superior a 10 millones de euros. Como resultará un concurso sencillo, los plazos se acortan a la mitad, y la Administración concursal la integrará un solo miembro (que debe ser abogado, auditor, titulado mercantil o economista; no puede ser un acreedor). Esa es la regla, si bien el juez puede, apreciando motivos especiales, nombrar a tres administradores.

La ley establece un procedimiento especial para tramitar todas las decisiones, impugnaciones, etc. que se planteen durante el concurso. Es el llamado "incidente concursal". Este procedimiento tiene sus fases de demanda, audiencia de las partes, prueba, etc. Básicamente, es como el juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, se crea un registro público concursal, que será accesible de forma gratuita en Internet y publicará todas aquellas resoluciones concursales que exige la ley. De esta forma, se da publicidad y la posibilidad de generar el conocimiento de la existencia y del devenir de los procesos concursales.

El título IX de la Ley Concursal, finalmente, regula las cuestiones de derecho internacional privado. Un concurso español respecto a un deudor con bienes en España puede afectar a bienes que están en el extranjero; o un concurso declarado en el extranjero puede afectar a bienes de ese deudor situados en España. Ese tipo de cuestiones son las reguladas, así como el reconocimiento en España de procedimientos concursales tramitados en el extranjero.

Resumen

El derecho concursal regula la situación en la que un deudor con varios acreedores no puede pagarles al vencimiento de sus créditos. En este caso, hay que evitar que unos acreedores cobren, en primer lugar, todo su crédito y los posteriores no tengan nada para cobrarse. Si ya se conoce desde ahora que no van a poder cobrar todos, sería injusto que se vean satisfechos de forma desigual. La declaración del concurso evita que los acreedores puedan cobrar su crédito de forma separada: todos quedan sometidos a un mismo y único procedimiento. El deudor, por su parte, ya no va a poder actuar libremente, sino que verá intervenida su actividad, o incluso serán los administradores concursales quienes tomen las decisiones patrimoniales.

En la fase común del concurso se determinará cuál es la situación real de la insolvencia o iliquidez del deudor: el inventario y valor de los bienes que componen el activo; el alcance y valor de las deudas, que componen el pasivo, así como el orden de cobro de los acreedores (que, además, determina si quedan vinculados, en su caso, por el convenio) y las causas de la insolvencia. Esto lo determina la Administración concursal en su informe. A partir de él, los acreedores y el deudor conocerán con objetividad cuál es el patrimonio de éste.

A partir de ese momento, hay que decidir si se intenta un convenio o si se acude a la liquidación. Si el deudor no pide la liquidación, se intenta llegar a un convenio, con lo que puede haber varias propuestas que, normalmente, se votan en una junta general de acreedores. Si no se propone o aprueba ningún convenio, o si lo pide directamente el deudor, se acudirá a la vía de liquidación de los bienes, con el fin de pagar lo que se pueda. En esta liquidación se intentará una venta del patrimonio del deudor como un conjunto y se pagará a los acreedores por orden de su graduación.

Actividades

1. Acudid a la web del Registro Público Concursal, www.publicidadconcursal.es, mirad los distintos campos y descargad la "Estadística concursal" correspondiente. Leed el documento, e id comprobando cómo son, en la realidad, los concursos: tamaño de las empresas, porcentaje de concursos que acaban en convenio o en liquidación, duración de los mismos, etc.

2. Recopilad noticias en periódicos o en Internet acerca de declaraciones de concurso de empresas. Recopilad, también, noticias sobre declaraciones de concurso de personas físicas, de consumidores y de matrimonios (en realidad, concursos acumulados de ambos cónyuges), e intentad comprender si interesa o no a una persona física insolvente y a sus acreedores ser declarada en concurso.

3. Leed el artículo 34 LCon y el Real decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que establece el arancel de derechos de los administradores concursales. Calculad cuál es la retribución de cada administrador en un concurso y estableced el importe de activo y pasivo que creáis conveniente.

4. Suponed que un deudor pide el concurso, y con las cuentas que él presenta se determina que el valor de sus activos es 0 (no tiene saldos positivos en sus cuentas bancarias ni bien alguno a su nombre; sólo deudas). Razonad si, en esa situación, procedería declarar el concurso, y, si se declara, cómo se pagaría a los administradores concursales. Podéis ver al respecto, con soluciones contrapuestas, AAP La Rioja (secc. 1.ª) de 22 de marzo del 2007, o AAP Murcia de 30 de enero del 2006 frente a AAP Barcelona (secc. 15.ª) de 15 de mayo y 3 de abril del 2008, además de la monografía de Gadea/Navarro/Sacristán, *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura* (2010), La Ley.

5. Tomad como base una empresa familiar estándar y elaborad una lista de las posibles deudas que pueda tener: créditos hipotecarios para adquirir la nave, salarios adeudados a los trabajadores, créditos bancarios, deudas a proveedores, deudas a los socios, a familiares de los socios, deudas por intereses, etc. Después, "graduad" el orden de esos créditos en función de los criterios de los artículos 84 y 90 a 92 de la LCon.

6. Habiendo realizado la graduación que se plantea en el punto anterior, determinad qué créditos tendrán voto para aprobar o denegar el convenio. Razonad si, de aprobarse un convenio, éste les vincularía.

7. Habiendo realizado la graduación que se plantea en el punto 5, suponed que se sigue la vía de la liquidación y que existe un pasivo inferior al activo (fíjalo en la cuantía que deseéis). Determinad en qué orden se pagará cada crédito y quién se quedará sin cobrar (o cobrará menos que el importe total).

8. Leed los artículos 164 y 165 de la LCon. De acuerdo con ellos, considerad en qué casos una insolvencia podría ser calificada de "fortuita".

Ejercicios de autoevaluación

1. Supongamos un deudor persona física concursado, respecto a quien el juez del concurso ha decretado la "intervención" de sus facultades (y no la "suspensión"). Esta persona, por sí sola y sin autorización del administrador concursal, adquiere una máquina de fotografía digital que le cuesta 300 euros. ¿Se trata de un negocio válido?

2. Un acreedor hipotecario a quien no se le ha pagado su deuda ha ejercitado ya la ejecución del bien hipotecado presentando la demanda en el juzgado. En ese momento, se declara el concurso del deudor. ¿Qué efectos tendrá sobre la ejecución ya iniciada?

3. Habiéndose celebrado una compraventa y antes de enviar los bienes y pagarse el dinero, el comprador es declarado en concurso. ¿Debe ejecutarse el contrato?

4. Una empresa entrega todos los años a sus empleados, en Navidades, una cesta con productos típicos navideños. El año pasado, este regalo supuso un coste de 3.000 euros. Se ha declarado el concurso de la empresa en julio del año siguiente. ¿Podrá rescindirse el acto?

5. A los trabajadores de la empresa concursada se les adeudan los salarios de los últimos tres meses anteriores a la declaración de concurso. ¿Cómo serán calificados sus créditos?

6. Considerad el caso del socio de una pequeña sociedad de responsabilidad limitada que, para ayudar a ésta, le presta dinero a un interés muy bajo, garantizando la devolución con

una hipoteca sobre un inmueble de la empresa. Declarado el concurso de dicha empresa, ¿cómo se graduará el crédito hipotecario del socio?

7. Los acreedores de una sociedad anónima concursada advierten que el activo de la misma es claramente insuficiente para pagar sus créditos. Aparte de seguir adelante con el concurso, ¿qué otras vías podrían utilizar para obtener la satisfacción de sus créditos?

8. En el concurso de una empresa, los créditos privilegiados suponen un millón de euros; los ordinarios, un millón de euros, y los subordinados, millón y medio de euros. En la junta de aprobación del convenio votan a favor de la propuesta de convenio del deudor (que supone un perdón del 40% de los créditos) créditos privilegiados que suponen un importe de 300.000 euros y créditos ordinarios que suponen un importe de 360.000 euros; en contra: privilegiados que suponen 200.000 euros y ordinarios que suponen 480.000 euros. ¿Hay mayoría suficiente para la aprobación?

9. En una empresa concursada acaba de abrirse la fase de liquidación. A los administradores concursales llega una oferta importante de compra de la empresa como un conjunto, por un precio muy bueno. ¿Pueden los administradores, sin más trámite, aceptar esa oferta?

10. En una empresa concursada existen créditos contra la masa aún no pagados por importe de 100; un crédito hipotecario sobre la nave empresarial por importe de 500; créditos privilegiados generales del número 1.° por importe de 100; créditos privilegiados generales del número 2.° por importe de 300; créditos ordinarios por importe de 1.000, y créditos subordinados por importe de 400. Se han vendido los bienes en fase de liquidación, con lo que se han obtenido 600 por la nave empresarial y 300 por el resto. ¿Cómo se repartirá el dinero?

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. Habría que distinguir lo siguiente. Si ha adquirido la máquina con el dinero que le corresponde por inembargable (el equivalente al salario mínimo interprofesional), cabe pensar que a esos bienes no les afecta el concurso ni las limitaciones a la capacidad de obrar del deudor. Si adquirió la máquina con dinero correspondiente a la masa activa del concurso, el negocio es anulable. Sólo puede instar la nulidad el administrador concursal, ejercitando un incidente concursal (ved art. 40.7 LCon).

2. La declaración de concurso paraliza las ejecuciones individuales con carácter general. Si el deudor es una empresa o un profesional y el bien hipotecado está afecto a la actividad empresarial o profesional, la ejecución quedará paralizada hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1 LCon). Si no está afecto a esas actividades, la ejecución se paralizará igualmente, pero podrá reanudarse en cuanto se determine esa no afección (art. 56.2 LCon).

3. La declaración de concurso no resuelve los contratos pendientes de ejecución. Las dos partes siguen obligadas a cumplir: el vendedor, con la entrega, y el comprador/concursado, con el pago íntegro. Pero la Administración concursal o el concursado, según los casos, podrán solicitar del juez del concurso la resolución si la estimaren conveniente para el interés del concurso. El juez decidirá si se resuelve o no (ved art. 61.2.2 LCon).

4. En principio, el acto es rescindible, pues ha supuesto un perjuicio patrimonial para la empresa (ha gastado 3.000 euros sin obtener nada a cambio). Sin embargo, la ley parece considerar que las "liberalidades de uso" no son rescindibles (ved art.71.2 LCon), o, al menos, cabe demostrar que no han supuesto un perjuicio real a la empresa. Por otra parte, resultaría poco lógico y conflictivo solicitar a los empleados bien que devuelvan los productos si no los han consumido, bien que en otro caso paguen su precio, más el interés legal (art. 73.2 LCon).

5. El salario de los últimos treinta días es crédito contra la masa en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (art. 84.2.1 LCon). Si hay bienes elaborados por los trabajadores en poder del concursado, sobre ellos tienen un crédito con privilegio especial (art. 90.4.° LCon). El resto, en lo que no exceda del triple del salario mínimo interprofesional, es crédito con privilegio general (art. 91.1.° LCon), incluso aunque el trabajador sea persona especialmente relacionada con el concursado (art.92.5.° LCon). El resto (esto es, si el salario era superior a ese triple) será crédito ordinario o subordinado si el trabajador es persona especialmente relacionada con el concursado.

6. Depende del porcentaje de capital que tenga el socio (art. 93.2.2.° LCon). Si es inferior al 10%, será un crédito hipotecario y se reconocerá como "privilegiado especial". Se cobrará en primer lugar con el precio que se obtenga por el inmueble hipotecado. Si es igual o superior al 10%, será un crédito subordinado del número 5.° del artículo 92 de la LCon, y se cancelará la hipoteca (art. 97.2 LCon).

7. En primer lugar, podrían actuar contra los administradores de la sociedad anónima si han actuado de forma negligente o dolosa causando daño patrimonial a la sociedad y/o a los acreedores. Los artículos 236 a 241 de la Ley de Sociedades de Capital regulan estas acciones, social e individual de responsabilidad, cuyo ejercicio es posible con independencia de que exista concurso (ved art. 48.2 LCon). En segundo lugar, si ha existido negligencia o dolo de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, actuales o que lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso, habría que ir por la vía de la liquidación y obtener una calificación del concurso como culpable para poder pedir la condena de esos sujetos, según el artículo 172.3 de la LCon.

8. Hay mayoría suficiente. Para calcular el 100% sobre el que, después, determinar si existe mayoría, hay que tener en cuenta el importe de los créditos ordinarios, más el importe de los créditos privilegiados que voten a favor (art. 124.3 LCon). En el caso propuesto, 1.000.000 ordinarios + 300.000 privilegiados a favor, 1.300.000 euros). La mayoría necesaria es, al menos, la mitad, 650.000 euros, y ésta se ha alcanzado. Los subordinados y los privilegiados en contra no se tienen en cuenta.

9. No, no pueden aceptar la oferta. Tendrán que presentar un "plan de liquidación" donde propongan esa aceptación, y ese plan tendrá que ser aprobado judicialmente con los trámites previstos en el artículo 148.2 LCon.

10. Los 600 obtenidos por la venta de la nave primero pagan el crédito hipotecario (al que estaba afecta esa nave), restan 100. El 400 que hay para pagar se distribuirá de la siguiente manera: 100 para créditos contra la masa, que cobran en su integridad; 100 para los privile-

giados del número 1.° (que cobran en su integridad), y 200 para los privilegiados del número 2.° (que cobrará, cada uno, dos tercios de su crédito). Los demás no cobran.

Glosario

Administración concursal *f* Órgano del concurso, integrado normalmente por tres componentes (jurista, economista y acreedor), nombrados por el juez del concurso. Sus misiones fundamentales son controlar la actividad del deudor, elaborar un informe sobre la situación patrimonial del concursado y supervisar el desarrollo del proceso concursal.

calificación del concurso *f* Fase procesal que se abre para determinar si la insolvencia del concursado es fortuita o culpable. Sólo procede si se aprueba un convenio con quita superior a un tercio del importe de los créditos, o espera de más de tres años, o si se abre la fase de liquidación.

concurso *m* Proceso judicial donde se determina la situación patrimonial de un deudor insolvente con varios acreedores y se decide llegar a un convenio con el deudor o a una liquidación del patrimonio.

convenio concursal *m* Acuerdo entre el deudor y sus acreedores para el cobro de los créditos. Normalmente, contiene un perdón de parte de la deuda o un aplazamiento de la exigibilidad de los créditos.

crédito con privilegio especial *m* Crédito garantizado con garantía real, cuyo titular cobra primero con cargo al producto de la venta del bien garantizado. No está vinculado por el posible convenio, salvo que vote a favor del mismo.

crédito con privilegio general *m* Crédito que, por diversas razones tenidas en cuenta por el legislador, se cobra con carácter preferente respecto de los créditos ordinarios y subordinados. No está vinculado por el posible convenio, salvo que vote a favor del mismo.

crédito contra la masa *m* Gastos generados por el propio concurso o por la actividad del concursado posterior a la declaración del concurso, que se pagan por entero antes que los demás acreedores (excepto los acreedores con privilegio especial).

crédito ordinario *m* Crédito que no es privilegiado ni subordinado. Se cobra después de los créditos contra la masa y los privilegiados, y antes que los subordinados.

crédito subordinado *m* Crédito que, por diversas razones tenidas en cuenta por el legislador, se cobra después de los créditos contra la masa, los privilegiados y los ordinarios. No tiene derecho de voto para el convenio, pero queda vinculado por éste.

declaración de concurso *f* Declaración judicial que constata el estado de insolvencia de un deudor con varios acreedores e impide, con carácter general, las acciones individuales de los acreedores.

derecho concursal *m* Conjunto de normas que busca la igualdad de los acreedores, el sometimiento de todos a un proceso único y la maximización del patrimonio cuando un deudor es insolvente y tiene varios acreedores.

incidente concursal *m* Proceso especial regulado en la Ley Concursal para ventilar todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en la ley otra tramitación.

informe de la administración concursal *m* Documento elaborado por la Administración concursal, donde se analiza la situación patrimonial del concursado y al que se unen un inventario y la lista de acreedores. Los interesados pueden impugnar parte de su contenido, siendo el juez del concurso quien resuelve tal impugnación.

liquidación concursal *f* Operación que se produce en el concurso si el deudor pide la liquidación o si, por cualquier razón, no se ha llegado a aprobar un convenio; en ella se venden los bienes del concursado y se pagan los créditos con el producto de esa venta.

procedimiento abreviado *m* Procedimiento judicial simplificado que establece la ley para los concursos de escasa cuantía (pasivo inferior a 10 millones de euros) y relevancia (deudor persona física o persona jurídica que pueda presentar balance abreviado), donde los plazos se acortan a la mitad y se nombra, como regla, un único administrador.

reconocimiento de créditos *m* Operación por la que se determina la existencia, cuantía y graduación de un crédito. Para ella se abre un plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos; la Administración concursal elabora una lista de créditos teniendo en cuenta también la documentación del deudor; y, si algún interesado está en desacuerdo, impugna esa lista y el juez decide la impugnación.

rehabilitación de contratos *f* Posibilidad de reanudar la vigencia de ciertos contratos (créditos y préstamos, adquisición de bienes con precio aplazado y arrendamientos urbanos) que se resolvieron por falta de pago en un momento inmediatamente anterior a la declaración de concurso (en los tres meses anteriores).

rescisión de actos perjudiciales *f* Posibilidad de volver ineficaces los actos perjudiciales realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso, con independencia de que existiera o no ánimo de defraudar. La rescisión implica recuperar los bienes entregados, pero también, devolver los bienes recibidos.

Bibliografía

AA. VV. (2005). *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia* (5 vols.). Madrid-Barcelona: Unicaja, Cajasur, Marcial Pons.

AA. VV. (2007). *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde* (vol. 3). Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons.

Alonso Ureba, A.; Pulgar Ezquerra, J. (dirs.); **Valpuesta Gastaminza, E. y otros** (2009). *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo*. Las Rozas (Madrid): La Ley.

Anuario de Derecho concursal. Madrid: Civitas.

Cordón Moreno, F. (coord.)**; Valpuesta Gastaminza, E.; Torrubia Chalmeta, B. y otros** (2010). *Comentarios a la Ley Concursal* (2.ª ed.). Pamplona: Aranzadi.

Prendes Carril, P. (dir.) (2009). *Guía práctica concursal*. Pamplona: Aranzadi.

Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Las Rozas (Madrid): La Ley.

Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.) (2008). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Thomson-Civitas.

Introducción al derecho colectivo del trabajo

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

PID_00156237

Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción..... 5

Objetivos..... 6

1. La libertad sindical..... 7
1.1. Definición de la libertad sindical 8
1.2. Manifestaciones de la libertad sindical 10
1.2.1. Libertad sindical individual 10
1.2.2. Libertad sindical colectiva o autonomía sindical 17

2. Las asociaciones empresariales..... 24
2.1. Régimen jurídico de las asociaciones empresariales 24
2.2. Funciones y representatividad de las asociaciones empresariales 25
2.2.1. Asociaciones empresariales más representativas del Estado (D. Ad. 6 ET) 25
2.2.2. Asociaciones empresariales más representativas de la comunidad autónoma 26
2.2.3. Asociaciones empresariales suficientemente representativas 26

3. La representación de los trabajadores en la empresa..... 27
3.1. La representación unitaria 27
3.1.1. Los delegados de personal, el comité de empresa y el comité intercentros 28
3.1.2. El procedimiento electoral 31
3.1.3. Competencias de los representantes unitarios 33
3.1.4. Obligaciones de los representantes unitarios 36
3.1.5. Garantías de los representantes unitarios 37
3.2. La representación sindical en la empresa 40
3.2.1. La sección sindical 40
3.2.3. Los delegados sindicales 42
3.3. El derecho de reunión de los trabajadores: la asamblea de trabajadores 43
3.4. El comité de empresa europeo 44
3.5. Otros canales de representación de los trabajadores 47
3.5.1. Participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales 47
3.5.2. La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea 48

4. El conflicto colectivo 50
4.1. El conflicto colectivo: definición y tipología 50
4.1.1. Conflicto colectivo/conflicto individual 50
4.1.2. Conflicto jurídico o de aplicación/conflicto económico o de intereses 51
4.2. Procedimientos de solución de conflictos 51
4.2.1. Procedimiento judicial de solución de conflictos colectivos 52
4.2.2. Procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos 54

5. La huelga 58
5.1. Definición 58
5.2. Evolución histórica 59
5.3. Régimen jurídico del derecho de huelga 60
5.3.1. Caracterización del derecho de huelga 61
5.3.2. Tramitación del derecho de huelga: elementos formales 64
5.3.3. Ilicitud de la huelga 71
5.3.4. Fin de la huelga 75
5.3.5. Efectos de la huelga legal sobre la relación laboral del huelguista 76

6. El cierre patronal 79
6.1. Definición 79
6.2. Circunstancias justificativas del cierre patronal 79
6.3. Tramitación del cierre patronal: elementos formales 80
6.4. Finalización del cierre patronal 80
6.5. Efectos del cierre patronal 81

Resumen 82

Ejercicios de autoevaluación 83

Solucionario 85

Abreviaturas 86

Bibliografía 88

Introducción

La aparición histórica de coaliciones de trabajadores es una consecuencia de la desigualdad intrínseca de todo contrato de trabajo. El asociacionismo obrero ha sido durante largo tiempo una práctica perseguida por ser contraria a los postulados constitucionales decimonónicos.

La confrontación entre trabajadores y empresarios en torno a las condiciones laborales y al interés colectivo y la necesidad de articular mecanismos que permitan alcanzar soluciones pacíficas son una constante en la historia de cualquier país industrializado. Y el reconocimiento constitucional de la libertad sindical y del derecho de huelga es la culminación de un largo proceso reivindicativo.

El derecho colectivo del trabajo, o también denominado derecho sindical, está referido a la regulación de las relaciones colectivas del trabajo y, más concretamente, a las cuestiones vinculadas a la creación, organización y funcionamiento de los sindicatos, asociaciones patronales y otros sujetos colectivos, así como a la interacción de las mismas dentro y fuera de la empresa.

Es importante advertir que el derecho colectivo del trabajo es una parte del derecho del trabajo, con un importante trasfondo social y político, lo que le confiere sustantividad propia y le permite gozar de una cierta autonomía dentro del ordenamiento jurídico laboral.

El presente módulo recoge el estudio de la libertad sindical, en su manifestación individual de fundar y afiliarse a un sindicato, como colectiva. También se analiza el régimen jurídico de las asociaciones empresariales, así como los diversos cauces de participación de los trabajadores en la empresa. La confrontación, por medio de los diversos tipos de conflicto colectivo, la huelga o el cierre patronal y los instrumentos para solventarlos también son objeto de análisis.

Objetivos

El presente módulo pretende describir sistemáticamente y con claridad los aspectos esenciales de las instituciones jurídicas del derecho colectivo del trabajo. La aspiración principal es facilitar una primera aproximación a este ámbito del ordenamiento jurídico. Para ello, se pretende ofrecer al estudiante las herramientas y soportes suficientes que le permitan la familiarización con los parámetros conceptuales y la terminología que le son propios, y, en definitiva, la adquisición de una base de conocimiento general y sólida.

En síntesis, los objetivos que se persiguen son dos:

1. Adquirir una inteligencia del derecho colectivo del trabajo suficiente para que el estudiante pueda identificar las instituciones jurídicas fundamentales que lo conforman, con el propósito de que sea capaz de conocer y comprender:

- la importancia histórica de la asociación obrera como remedio a la cuestión social;
- el sentido constitucional del derecho a la libertad sindical y la relevancia que para su comprensión tiene la libertad sindical individual en su manifestación positiva y negativa, así como la libertad sindical colectiva;
- el concepto legal de sindicato, la función que tiene asignada y los efectos jurídicos que se derivan de su representatividad;
- la configuración legal de las asociaciones empresariales;
- los diversos cauces de representación de los intereses del personal y de los sindicatos en la empresa;
- la diferenciación conceptual entre el conflicto colectivo de intereses y el jurídico, así como los diversos canales habilitados para su solución pacífica;
- el sentido constitucional de la huelga y el cierre patronal como instrumentos no pacíficos de confrontación entre trabajadores y empresarios.

2. Que tales conocimientos operen como una plataforma que fundamente un estudio de la materia con mayor profundidad.

1. La libertad sindical

El derecho del trabajo es una rama del ordenamiento jurídico cuyo principal objetivo es regular la relación de trabajo.

En la Revolución Industrial, las normas del derecho común, inspirado por los principios liberales de autonomía de la voluntad y de la no intervención legislativa, abocaron a la gran masa de trabajadores a una situación miserable. Especialmente, por la intrínseca desigualdad de las partes que negocian un contrato de trabajo.

En este escenario, ante la debilidad del trabajador individual frente al poder del empresario, el asociacionismo obrero, por medio de la fuerza y de la organización, aparece creando una fuerza colectiva opuesta con el fin de establecer un equilibrio de posiciones para mejorar las condiciones de trabajo de los asalariados.

> Esta fuerza colectiva, en un primer estadio, se corporiza en coaliciones de carácter esporádico, sociedades de socorros mutuos y de resistencia y, más tarde, en sindicatos propiamente dichos (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, p. 47).

Sin embargo, desde un primer momento, la acción colectiva entra frontalmente en conflicto con los postulados liberales y desemboca en su prohibición y tipificación penal.

> Un buen ejemplo puede encontrarse en la conocida Ley Le Chapelier (1791), pues, con su promulgación se prohíben las asociaciones profesionales (el Decreto de Allarde, de 1791, con anterioridad ya había suprimido los gremios).

En un primer estadio, es calificada como una actividad subversiva, y por ello ilícita, pues, entre otras razones, altera las reglas del mercado al fijar de un modo ficticio el precio de las cosas.

> "Se necesita una media docena de cardadores de lana para dar trabajo a un millar de hilanderos y tejedores. Al asociarse para no admitir aprendices, no solamente pueden monopolizar el trabajo, sino también reducir a la esclavitud en toda la manufactura y, así, elevar el precio de su trabajo muy por encima de lo que se merece la naturaleza del mismo".
>
> Adam Smith (1776). *La riqueza de las naciones* (libro I, Cap. X, parte II).

Movimiento sindical en Estados Unidos

La primera reunión entre representantes de trabajadores y patronos de la que existen pruebas documentales fue para tratar las peticiones laborales y se celebró entre los zapateros de Filadelfia y sus patronos en 1799.

No obstante, con el paso del tiempo, el incremento de la presión social (y la necesidad de hallar métodos que posibiliten el gobierno del conflicto colectivo) fuerza al Estado a suavizar su postura ante este fenómeno: primero, tolerándolo y, posteriormente, reconociendo jurídicamente el derecho a la libertad sindical y, en particular, a la negociación colectiva, como expresión privilegiada de la autonomía colectiva.

Libertad de asociación

Se consagra por primera vez en España en la Constitución de 1876. La Ley de Asociaciones de 1887 incluyó las asociaciones profesionales en su ámbito de aplicación.

De todos modos, conviene advertir que, aunque estas fases se suceden de un modo ordenado en la mayor parte de países europeos, se dan ciertas discrepancias cronológicas en función del momento en el que eclosiona la Revolución Industrial y de los distintos niveles de refracción de los regímenes políticos en el movimiento obrero.

En el documento fundacional de la OIT, parte XIII del Tratado de Versalles de 1919, se afirma el principio de la libertad de asociación sindical (sección primera).

Libertad sindical y II República Española

El derecho de sindicación libre no se reconoce en España hasta la Constitución de la II República (1931), desarrollado posteriormente por la Ley de Asociaciones Profesionales (1932).

En la actualidad, la CE reconoce el Estado social y democrático de derecho (art. 1 CE) y asigna a los sindicatos de trabajadores y empresarios el papel de contribuir a la promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE).

En paralelo, se reconoce a los trabajadores un conjunto de derechos de carácter colectivo: derecho a sindicarse libremente (arts. 7 y 28.1 CE), derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y derecho de huelga (art. 28.2 CE).

Estos derechos, en esencia, responden a una lógica de defensa frente a la explotación económica y ha inspirado y disciplinado el derecho del trabajo (Rodríguez–Piñero, 2003).

Libertad sindical y franquismo

Durante el franquismo, se suprimen las libertades públicas y, entre ellas, la libertad sindical. Durante este período, se prohíben los sindicatos de clase, y el régimen sindical es único, obligatorio y mixto (el "sindicato vertical" donde se encuadraban tanto los "productores" como los empresarios, y estaba inspirado en la doctrina fascista italiana de la época). No obstante, a finales de los años cincuenta, empieza a producirse una gradual reconstrucción de las relaciones industriales.

Desde una perspectiva doctrinal, se entiende que se trata de derechos laborales **específicos** (Palomeque López, 1991), pues sólo pueden ser ejercitados por trabajadores como tales trabajadores. Además, son derechos que tienen como especial condicionamiento que sólo se explican y pueden ejercitarse en el marco de una relación laboral (Sagardoy Bengoechea, 2005).

La CE también reconoce una serie de derechos fundamentales que, aunque no tienen una dimensión estrictamente laboral (específicos), tienen una incidencia notable en el ámbito laboral. La expresión "derechos laborales **inespecíficos**" se emplea precisamente para referirse a los atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al mismo tiempo, son trabajadores; por lo que se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer. O, dicho de otro modo, son derechos del ciudadano-trabajador que ejerce como trabajador-ciudadano (Palomeque López, 1991), es decir, derechos de la persona que están impregnados por la relación laboral (Sagardoy Bengoechea, 2005).

1.1. Definición de la libertad sindical

La libertad sindical, junto con el derecho de huelga, son los únicos derechos "específicamente" laborales comprendidos en la sección 1.ª del capítulo II, título I de la CE.

Libertad sindical y tratados internacionales

La libertad sindical está reconocida en los principales tratados de derechos humanos.

El desarrollo legislativo del artículo 28.1 de la CE se ha canalizado por medio de la LO 11/1985, 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS).

A **escala internacional**, la libertad sindical está reconocida en los principales tratados de derechos humanos:

- Art. 23.4 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Art. 8.1.a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Art. 22.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Art. 2 Convenio n.° 87 OIT (1948) y Convenio n.° 98 OIT (1949)
- Parte I.5 de la Carta Social Europea (1961)
- Art. 11.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950)
- Art. 11.1° y 2 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989)
- Art. 12.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)

Comité de libertad sindical (OIT)

Es una institución dependiente del Consejo de Administración de la OIT, encargada de examinar las quejas en relación con los Convenios n.° 87 y 98 OIT.

Según el artículo 28.1 de la CE, el derecho a la libertad sindical comprende, por un lado, la posibilidad de sindicarse libremente y, por otro, la libertad para fundar sindicatos. Además, comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos se espera, de acuerdo con el carácter democrático del Estado; lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 168/2006 y 4/1983).

De este modo, la libertad sindical está integrada por los *derechos de actividad y los medios de acción* que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el artículo 7 de la CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (STC 11/1981).

Incluidos en estos *derechos de actividad y medios de acción* están (SSTC 4/1983, 98/1985 y 281/2005):

- la negociación colectiva;
- la huelga y el planteamiento de conflictos individuales y colectivos;
- cualquier forma lícita de actuación que los sindicatos consideran adecuada para el cumplimiento de los fines a los que están constitucionalmente llamados, como la libertad de expresión y la libertad de información.

De todos modos, conviene advertir que los sindicatos no son las únicas instituciones que pueden representar a los trabajadores y promover y defender sus intereses económicos y sociales. Concretamente, en el ordenamiento jurídico español existen otros sujetos, de creación legal o convencional, como, por ejemplo, los comités de empresa, los delegados de personal o las juntas de personal, que pueden realizar estas actividades.

Y para ello cuentan con medios de acción y con derechos constitucionales y legales, como son el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la negociación colectiva (art. 37.1 CE) o la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE), que el texto constitucional no reserva en exclusiva a los sindicatos (STC 134/1994).

1.2. Manifestaciones de la libertad sindical

La libertad sindical es un concepto ambivalente, pues se predica tanto de los trabajadores individualmente considerados como de los sindicatos ya constituidos. En el primer caso, se habla de **libertad sindical individual**; en el segundo, de **libertad sindical colectiva** o **autonomía sindical**.

1.2.1. Libertad sindical individual

La libertad sindical individual se concreta en las siguientes manifestaciones:

- **libertad sindical positiva**, que consiste en la libertad para constituir un sindicato (**libertad de constitución**) y para afiliarse a uno ya constituido (**libertad de afiliación**);

- **libertad sindical negativa** para no sindicarse o para abandonar el sindicato al que se estaba afiliado.

Fundación de un sindicato (libertad de constitución)

Según el artículo 2.1.a) de la LOLS, la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o extinguirlos por procedimientos democráticos.

El sindicato es una organización permanente de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses de clase, económicos y sociales, ante el empresario y su organización.

Titularidad de la libertad sindical

Se trata de un derecho atribuido a todos los *trabajadores* (art. 1.1 LOLS, con las excepciones previstas en el artículo 3.1 de la LOLS). Debe entenderse que el término "trabajadores" se refiere "tanto a aquellos que sean sujetos de una relación laboral como a aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas" (art. 1.2 LOLS).

Los "sujetos de una relación laboral" son los trabajadores asalariados por cuenta ajena, tal y como se prevé en el artículo 1 ET.

Particularidades, limitaciones y exclusiones en la titularidad de la libertad sindical

Es importante advertir que, aunque el artículo 28.1 de la CE proclama que se trata de un derecho cuya **titularidad** la ostentan "todos", lo cierto es que también prevé la posibilidad de que determinados colectivos vean limitado su ejercicio, o bien queden completamente excluidos del mismo.

- Están capacitados para afiliarse libremente a un sindicato, pero no a constituir uno que tenga por objeto la tutela de sus intereses particulares (art. 3.1 LOLS): 1) los **trabajadores por cuenta propia o autónomos no empresarios**, es decir, que no tengan trabajadores a su servicio (STC 98/1995); 2) los **trabajadores inactivos** para encontrarse en situación de desempleo por haber cesado en su actividad laboral como consecuencia de su incapacidad (trabajadores incapacitados) o porque ya están jubilados. Lo que no impide que estos colectivos puedan defender sus intereses singulares mediante la constitución de asociaciones (arts. 3.1 LOLS y 22 CE).

- El ejercicio del derecho a la libertad sindical de los **funcionarios** –salvo para aquellos a quienes les está completamente excluido– también presenta "algunas particularidades" (arts. 28.1 y 103.3 CE), sin que la libertad de constitución o de afiliación queden afectadas (STC 98/1985). Esta singularidad puede apreciarse en el hecho de que tienen unas instancias específicas de participación (delegados de personal y juntas de personal), así como un sistema de negociación colectiva propio (sometido a un procedimiento de consulta o negociación).

La libertad sindical de los **miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar** (Cuerpo Nacional de Policía, cuerpos de policía de las comunidades autónomas y cuerpos de policía dependientes de las corporaciones locales: arts. 1.5 LOLS y 104.2 CE) también presenta algunas "particularidades" (o limitaciones). Según la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los miembros de la Policía Nacional pueden constituir organizaciones sindicales siempre que a) tenga un ámbito territorial nacional; b) se limite a la defensa de sus intereses profesionales; c) estén formadas exclusivamente por miembros del cuerpo nacional de policía; d) no puedan federarse o confederarse con otras organizaciones sindicales (limitaciones que previsiblemente son similares a las establecidas para los cuerpos de policía autonómicos y locales).

Los **funcionarios de las fuerzas armadas y de los institutos armados de carácter militar** (arts. 28.1 CE y 1.3 LOLS) y los **funcionarios de las carreras judicial y fiscal** (arts. 127.1 CE y 1.4 LOLS) quedan excluidos de la titularidad de la libertad sindical.

Tampoco pueden fundar sindicatos los **empresarios**. En este sentido, las SSTC 52 y 75/1992 han manifestado que "las asociaciones empresariales no son, en todo caso, equiparables a los sindicatos de trabajadores. Por más que la Constitución les atribuya análoga relevancia a unas y otros (art. 7), el asociacionismo empresarial no se encuentra tutelado por el específico derecho reconocido en el art. 28.1 CE". Por tanto, el régimen jurídico del asociacionismo empresarial no se encuentra regulado en la LOLS, sino en la Ley 19/1977, de 1 de abril y el Real decreto 873/1977, de 22 de abril.

- En lo relativo a los **extranjeros**, conviene tener en cuenta que el artículo 11.1 de la LO 4/2000, 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, les reconoce el "derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España". Y, según el artículo 11.2, "cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga". No obstante, la STC 236/2007 ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 11.1 exclusivamente respecto al "derecho a sindicarse libremente". Y, respecto al artículo 11.2, la STC 259/2007 declara la nulidad del inciso "cuando estén autorizados a trabajar" (ved también, SSTC 260 y 261/2007).

Convenio n.° 87 OIT y los extranjeros

Reconoce el derecho a la libertad sindical a los trabajadores "sin ninguna distinción", sin posibilidad de discriminación, por tanto, por razón de la nacionalidad (art. 2).

Constitución de un sindicato

La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa (art. 2.1.a LOLS) ni injerencias empresariales; entendiéndose como tal, "fomentar la constitución de sindicatos" (art. 13.2 LOLS).

Asumiendo que la creación de un sindicato es libre "dentro del respeto a la Constitución y la ley" (art. 7 CE) y que es una "asociación de relevancia constitucional" (por todas, STC 3/1981), la LOLS exige el cumplimiento de requisitos adicionales para su constitución (no previstos para el resto de asociaciones que no ostentan dicha consideración).

Sindicatos y pluralismo

La unidad sindical coactiva o autoritariamente impuesta, proceda del Estado o de un sindicato dominante, viola la facultad de crear sindicatos en concurrencia, que es esencia de la libertad sindical (Alonso Olea y Casas Baamonde, 2003).

La fundación de un sindicato requiere la **forma escrita** (el artículo 5 se refiere al "acta de constitución del sindicato") y se deben redactar los estatutos del mismo. El **contenido mínimo de las normas estatutarias** está previsto en el artículo 4.2 LOLS: denominación; domicilio y ámbito territorial y funcional de actuación del sindicato; órganos de representación, gobierno y administración, y su funcionamiento y sistema de elección de sus cargos; requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados, así como el régimen de modificación de estatutos, de fusión y disolución del sindicato, y, finalmente, el régimen económico de la organización.

Los estatutos del sindicato deben ser presentados en depósito en la oficina pública establecida al efecto (art. 4.1 LOLS), y ésta puede rechazarlo si no se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 4.2 LOLS; en cuyo caso debe instar a los promotores para su subsanación (art. 4.3 LOLS). Si no existieran defectos, o, si existiendo los mismos, hubieran sido subsanados, debe darse publicidad del depósito de los mismos (art. 4.4 LOLS).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Art. 22.2. El ejercicio de la libertad sindical sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás.

La adquisición de personalidad jurídica plena del sindicato se produce transcurridos veinte días hábiles desde dicho depósito (art. 4.7 LOLS). Aspecto especialmente relevante, ya que, desde este instante, el sindicato no sólo ostenta plena capacidad de obrar, sino que, además, puede ser declarado responsable por "los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de sus respectivas competencias" (art. 5.1 LOLS). No obstante, no responde

por "los actos individuales de sus afiliados, salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato" (art. 5.2 LOLS).

Adquirida la personalidad jurídica, el sindicato está en disposición de recibir **apoyo económico** por parte del Estado. Ayudas que pueden revestir varias fórmulas:

- Subvenciones públicas.
- En virtud de la Ley 4/1986, por un lado, se procedió al reparto del patrimonio acumulado durante la dictadura por la Organización Sindical Española, con una cesión de uso entre las organizaciones sindicales y patronales preferentemente "más representativas" (en relación con este concepto, ved *infra*); y, por otro lado, los bienes incautados a los sindicatos por mandato de la Ley de Responsabilidades Políticas de 1939 fueron restituidos a sus legítimos sucesores.
- El artículo 5 LOLS establece que las cuotas sindicales no pueden ser objeto de embargo.
- Los sindicatos pueden beneficiarse de las exenciones y bonificaciones fiscales que legalmente se establezcan (art. 5.4 LOLS).

Ayuda financiera

Los sindicatos españoles válidamente constituidos son susceptibles de recibir apoyo económico por parte de los poderes públicos.

Afiliación al sindicato (libertad de afiliación)

La afiliación es el ejercicio del trabajador de su derecho a afiliarse. Es decir, el acto libre en virtud del que se asocia a un sindicato ya constituido, aceptando sus estatutos e integrándose en la unidad, jurídica y moral, que constituye la asociación sindical. Sin que la no admisión de un trabajador por no pertenecer al ámbito territorial y/o profesional del sindicato, o bien por estar afiliado a otro sindicato deba entenderse como contrario al derecho de afiliación (Alonso Olea y Casas Baamonde, 2003).

Convenio n.° 87 OIT

Los trabajadores tienen derecho a afiliarse a los sindicatos con la sola condición de observar sus estatutos (art. 2).

El artículo 2.1.b) LOLS reconoce "el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato".

En paralelo, el artículo 4.2.d) LOLS prevé el derecho del sindicato a expulsar a un afiliado, por lo que ostenta, consiguientemente, un poder disciplinario sindical.

En España, el número de trabajadores afiliados a un sindicato es, como puede apreciarse en la tabla anexa, relativamente bajo (según los datos del 2008, un 17,4% del total). De hecho, la tasa de afiliación española es la más baja de los países desarrollados, con la única excepción de Francia (Simón, 2003, p. 73).

Afiliación en España

El 17,4% de los trabajadores en España están afiliados a un sindicato.

Son varios los motivos que pueden ofrecer una explicación a este fenómeno (Simón, 2003, p. 70 y ss.):

- Se afirma que esta baja tasa de afiliación está posiblemente muy relacionada con el marco institucional que regula las relaciones laborales en el mercado de trabajo español y, muy particularmente, con el régimen jurídico de los convenios colectivos. Como se recordará, en España, los convenios colectivos pactados según lo previsto en el título III del ET tienen eficacia general; es decir, se aplican a todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación y no sólo a los representados por los firmantes, por consiguiente, con independencia de su estatus sindical. Desde el punto de vista de la afiliación, parece claro que los trabajadores no tienen incentivos para afiliarse, pues, pueden asumir los beneficios derivados de la acción sindical sin necesidad de asumir los costes que la misma comporta (costes de la afiliación –cuota sindical–, costes derivados de una posible estigmatización del trabajador a los ojos del empresario, etc.).

- Otro factor que posiblemente también influye negativamente en la afiliación es la percepción que tienen los trabajadores sobre el grado de eficacia de la acción sindical de los sindicatos.

- Y, finalmente, un tercer posible factor que desincentiva la afiliación es la inestabilidad en el mercado de trabajo (precariedad laboral).

Tabla 1. Porcentaje de trabajadores ocupados afiliados a algún sindicato, 2008 (total, sexo, edad, nivel de estudios y tamaño de la empresa)

Total	17,4%

Sexo	%	Edad	%	Nicel de estudios	%	Tamaño de la empresa	%
Varones	18,7	De 16 a 24 años	7,3	Menos que primarios	12,9	Menos de 11 trabajadores	6,8
Mujeres	15,8	De 25 a 29 años	10,9	Primarios	14,8	De 11 a 50 trabajadores	15,4
		De 30 a 44 años	18,3	Secundarios	15,0	De 51 a 250 trabajadores	21,8
		De 45 a 54 años	21,9	Bachillerato	19,3	Más de 250 trabajadores	29,0
		De 55 y más años	21,3	Formación Profesional	19,8		
				Universitarios	19,0		

Fuente: Encuesta de calidad de vida en el trabajo, 2008 (tabla 5.10)

Tabla 2. Porcentaje de trabajadores ocupados afiliados a algún sindicato, 2008 (sección de actividad, ocupación y comunidad autónoma)

Sección de actividad	%	Ocupación	%	CC. AA.	%
Agricultura y pesca	12,4	Dirección de las empresas y de la Adm. Pública	7,9	Andalucía	17,2
Industria	20,6	Técnicos y profesionales científicos e intelectuales	23,5	Aragón	19,8
Construcción	7,9	Técnicos y profesionales de apoyo	12,6	Asturias	24,0
Comercio y reparaciones	10,7	Empleados de tipo administrativo	23,6	Baleares	16,1
Hostelería	8,5	Trabajadores de servicios de restauración, personales, protección y vendedores de comercio	15,9	Canarias	17,8
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	24,8	Trabajadores cualificados en agricultura y pesca	19,0	Cantabria	22,5
Intermediación financiera	34,4	Artesanos y trab. cualif. ind. manufac., constr. y minería	13,3	Castilla-La Mancha	19,8
Inmobiliarias y alquileres. Servicios empresariales	10,9	Operadores de instalaciones y maquinaria y montadores	25,2	Castilla y León	23,4
Admón. pública. Defensa. Seg. Social. Org. Extrat.	31,2	Trabajadores no cualificados	17,2	Cataluña	14,6
Educación	27,8			Com. Valenciana	16,9
Activ. sanitarias y veterinarias. Servicios sociales	27,5			Extremadura	16,1
Otras actividades sociales. Servicios personales	27,5			Galicia	19,7
Hogares que emplean personal doméstico	5,7			Madrid	14,7
				Murcia	16,1
				Navarra	25,3
				País Vasco	20,9
				La Rioja	20,7

Fuente: Encuesta de calidad de vida en el trabajo, 2008 (tabla 5.10)

La libertad sindical individual de afiliación puede verse perturbada por varios factores, pero, particularmente, por actuaciones empresariales, bien en el momento de la contratación, bien, durante el transcurso de la relación laboral.

De todos modos, es importante advertir que la vulneración de la libertad sindical no sólo puede derivar de la conducta empresarial, sino que también puede ser ejercida por otro sindicato o por el comité de empresa (STC 183/2007).

Son numerosas las normas que tratan de disuadir este tipo de comportamiento.

Según el artículo 1.2, Convenio n.° 98 de la OIT: "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación que tienda a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma, a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

Ved también el artículo 14.1, Convenio n.° 117 de la OIT.

Por su parte, el artículo 12 de la LOLS establece que "serán [nulas] y sin efecto [...] las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales".

Ved también, en términos similares, los artículos 17.1 y 4.2.c del ET.

El artículo 16.2 del LISOS establece que son infracciones muy graves "establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos [...] de afiliación sindical. Y, específicamente, para los supuestos de empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria" (art. 9.2 LISOS).

De todos modos, de la tutela de la libertad sindical no se puede derivar una intangibilidad absoluta de los puestos de trabajo de los representantes sindicales ni la consideración de que toda conducta empresarial que perjudique sus condiciones laborales constituya una discriminación en el empleo por motivos sindicales (STC 308/2000).

STC 17/2005

"La libertad sindical garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa, implican una 'garantía de indemnidad'".

El reconocimiento del derecho a la afiliación, debe complementarse con el derecho de todo trabajador afiliado a llevar a cabo la **actividad sindical**, sin sufrir represalias o discriminación por ello ni por causa de la afiliación a un sindicato (STC 111/2003), ni tampoco por participar en acciones sindicales sin estar afiliado al sindicato (STC 90/1997); circunstancia que implica una garantía de indemnidad (STC 134/1994).

Ejemplo

La extinción de los contratos de auxiliares administrativos, en su mayoría afiliados a un sindicato, no puede justificarse por causas económicas de reestructuración de plantilla (STC 48/2002). Y una empresa incurre en conducta antisindical si incentiva bajas y prejubilaciones entre los miembros de una candidatura electoral para que ésta no se presen-

te (STS 12 de abril 2008); o bien dispensa un trato salarial y profesional distinto entre representantes sindicales en función del sindicato al que pertenecen (STC 74/1998).

La afiliación confiere al trabajador los siguientes derechos (art. 8.1 LOLS):

- constituir secciones sindicales en la empresa;
- celebrar reuniones, previa notificación al empresario;
- recaudar cuotas y distribuir información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa (ved, en este sentido, STC 201/1999);
- recibir información del sindicato.
- en caso de despido y de imposición de sanciones, debe ser oído previamente el delegado sindical (art. 10.3.3.° LOLS y art. 55.1 ET).

Libertad sindical negativa

La protección de la libertad de sindicación ha de realizarse tanto frente a los actos que **directamente** atenten contra ella por medio de coacción, mandato imperativo o imposición de obligación, como frente a violaciones **indirectas** que pueden existir en aquellos casos en que se produce una presión para que los trabajadores adopten una actitud que, al nacer de una presión, deja de ser libre (STC 12/1983).

STC 12/1983

"El derecho reconocido en el artículo 28.1 de la CE es un derecho de libertad que puede contemplarse en sentido positivo, como derecho de creación de sindicatos y de afiliación a ellos, y en sentido negativo, como derecho de permanecer al margen de cualquier organización sindical o a no sindicarse".

Por ello, en virtud de la **libertad sindical negativa**, cualquier pacto individual o colectivo que imponga como condición para el nacimiento o mantenimiento del contrato de trabajo la sindicación en general o a un sindicato en particular debe calificarse como atentatoria para la libertad sindical (vulnerando los artículos 28.1 CE, 2.1.b y 12 LOLS y 17 ET). Es decir, los trabajadores son libres para decidir que no quieren afiliarse a un sindicato, o bien que quieren separarse del que están afiliados, sin que pueda derivarse ningún tipo de represalia o discriminación por esta decisión.

Desde la perspectiva internacional, aunque se reconoce el derecho a dejar de estar afiliado, no existe un expreso reconocimiento de la libertad sindical negativa (el Convenio n.° 98 OIT silencia al respecto). De hecho, se tiende a limitarla, pues un posicionamiento sindical abstencionista por parte del trabajador es calificado como antisocial. Esta falta de reconocimiento está ligada con la licitud o no de las conocidas como *cláusulas de seguridad sindical*, impuestas al empresario por medio de la negociación colectiva y que pretenden obligarlo a contratar sólo a trabajadores afiliados (y, consiguientemente, obligar a los trabajadores a afiliarse). Existen varios tipos (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, p. 68):

Closed shop. Impide al empresario contratar a trabajadores no afiliados al sindicato firmante del convenio colectivo.

Union shop. Libertad del empresario para contratar; aunque, transcurrido el período de prueba, el trabajador tiene que afiliarse al sindicato firmante del convenio colectivo.

Preferential hiring. Dar empleo a los trabajadores afiliados al sindicato firmante del convenio colectivo.

Maintenance of membership. Despido de trabajadores que abandonen el sindicato firmante del convenio colectivo.

Percentage shop. Obligación de tener un porcentaje determinado de la plantilla afiliada al sindicato firmante.

Ventajas reservadas. Aplicación del convenio colectivo sólo a los trabajadores afiliados.

De todos modos, aunque no cabe establecer ningún tipo de monopolio sindical del empleo que atente al derecho a la libertad sindical, ni limitar el derecho o facultad del trabajador de no afiliarse a un sindicato, o de afiliarse a uno que no sea el de su elección, el artículo 28.1 CE no impide medidas legales de fomento de la sindicación (SSTC 12/1983 y 142/1993); o bien no impide que se atribuya unos derechos a los trabajadores sindicados o que el contenido de los derechos de éstos sea diverso que el de aquellos que no se sindiquen; siempre, claro está, que este trato diferenciado esté justificado (STC 68/1982).

Desde esta perspectiva, la libertad sindical no es incompatible:

1) con que el empresario, a petición del sindicato, descuente del salario del trabajador afiliado, y previa conformidad de éste, la cuota sindical (art. 11.2 LOLS); ahora bien, el descuento de las retribuciones a los trabajadores tras una huelga, sin tener en cuenta su efectiva participación, sino la información sobre la afiliación sindical (que la empresa conoce a partir de la clave que consta en la nómina para descontar la cuota sindical) es una conducta que atenta contra los derechos fundamentales (STC 11/1998);

2) con que los convenios colectivos establezcan cláusulas para que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación financien a los sindicatos representados en las comisiones negociadoras (llamada cuota de solidaridad por negociación); de todos modos, se exige que el trabajador dé su consentimiento por escrito (art. 11.1 LOLS). En este sentido, ved STC 98/1985.

1.2.2. Libertad sindical colectiva o autonomía sindical

En su **vertiente colectiva**, comprende, como ya se ha apuntado, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que se espera de ellos, de acuerdo con el carácter democrático del Estado. Esto es, supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 168/2006 y 4/1983).

La propaganda institucional dirigida a promover la participación en las elecciones a órganos de representación de los trabajadores difícilmente cabe considerarla como una injerencia ilegítima e incompatible con la CE (STC 208/1989).

De este modo, la libertad sindical se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones por las que es llamado, por el artículo 7 CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (STC 11/1981).

Los sindicatos ostentan los siguientes derechos:

Sindicatos "amarillos"

Es la denominación que reciben en España los "sindicatos patronales" (también conocidos como *company unions* o *syndicats-maison*) y, por consiguiente, un medio antisindical indirecto que busca el debilitamiento del sindicalismo libre.

1) Libertad de reglamentación (arts. 3 Convenio n.° 87 OIT y 2.2.a LOLS), de modo que las autoridades públicas deben "abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o entorpecer su ejercicio legal".

2) Libertad de representación (art. 3.1 y 2 Convenio n.° 87 OIT y art. 2.1.c LOLS), consistente en el derecho de sus afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato; elección que, de acuerdo con el artículo 7 CE, debe efectuarse conforme a principios democráticos (art. 4.2.c LOLS).

3) Libertad de gestión (art. 3 Convenio n.° 87 OIT, art. 2 Convenio n.° 98 OIT y art. 2.2.a LOLS), en lo que respecta a la organización de su administración interna y sus actividades, y a la formulación de su programa de actuación.

Esta libertad comporta la prohibición de toda injerencia tanto del Estado como de los empresarios y/o organizaciones empresariales.

La LOLS, específicamente (art. 13), estima que fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o sostener económicamente sindicatos con el mismo propósito de control, es una conducta lesiva de la libertad sindical.

Libertad sindical y comunicación informática en la empresa

Siempre que se den determinadas condiciones, los sindicatos implantados en una empresa tienen derecho a utilizar el sistema de comunicación informática corporativo.

4) Derecho al ejercicio de la actividad sindical dentro o fuera de la empresa (art. 2.2.d LOLS). Lo que supone el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), a la huelga (art. 28.2 CE), al conflicto individual y colectivo (art. 37.1 CE); del derecho de representación y participación mediante la presentación de candidaturas para las elecciones de delegados de personal y comité de empresas, y del derecho a celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al sindicato que las convoque (STC 91/1983).

Siempre que no perturbe la actividad normal de la empresa, que no se perjudique el uso normal del empresario de la herramienta de producción o que no se ocasionen gravámenes adicionales, los sindicatos implantados tienen derecho a utilizar el sistema de comunicación informática corporativo, ya que el derecho a la comunicación se constituye como parte del núcleo esencial de libertad sindical. Por consiguiente, el rechazo por parte del servidor de la empresa de los mensajes enviados por un sindicato, después de haberlo permitido con anterioridad, debe calificarse como un atentado a la libertad sindical (STC 281/2005). Y la negativa de la empresa a facilitar el acceso y el uso del correo electrónico a un sindicato, cuando se lo permite a otros, también debe ser calificada del mismo modo (STS 23 de julio del 2008).

5) Derecho a constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como a afiliarse a ellas y a retirarse de las mismas (art. 5 Convenio n.° 87 OIT y art. 2.2.b LOLS).

6) Derecho a no ser suspendidos ni disueltos sino mediante resolución firme de la autoridad judicial, fundada en incumplimiento grave de las leyes (art. 4 Convenio n.° 87 OIT y art. 2.2.c LOLS).

"El objetivo de la constitución de organizaciones sindicales complejas no es otro que el de agregar y conjugar la capacidad de acción de todos los sindicatos federados o confederados con el fin de obtener mejores resultados en el desarrollo de la actividad sindical y, dentro de la misma, de la negociación colectiva, sin perder por ello su personalidad jurídica propia y, en su caso, su denominación específica; objetivo este amparado por el artículo 28.1 de la Constitución" (STC 187/1987).

7) Los sindicatos que ostenten la condición de **más representativos** detentan una serie de facultades adicionales muy importantes, dibujando un régimen particular y privilegiado con respecto a los que no lo son. A continuación analizamos el método para determinar la **representatividad sindical**.

La representatividad sindical

El reconocimiento de la libertad sindical origina necesariamente el pluralismo sindical o, lo que es lo mismo, la presencia de varios sindicatos con representación diversa. Por ello, el ordenamiento jurídico ha procedido a graduar esta representatividad y a atribuirles una tarea diferente en cada caso.

Art. 6.1 LOLS

"La mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos tanto de participación institucional como de acción sindical".

Los artículos 6 y 7 de la LOLS delimitan el procedimiento que faculta a un sindicato a adquirir la condición de más representativo; circunstancia sumamente relevante, pues su situación está potenciada mediante la atribución de una "singular posición jurídica" (STC 75/1992).

La existencia de sindicatos más representativos deriva de la tensión entre dos principios: el de libertad sindical e igualdad de trato (art. 28.1 CE) por un lado, y, por otro, "el de promoción del hecho sindical, que enlaza con el artículo 7 de la Constitución y sería obstaculizado por una defensa a ultranza del primero" (STC 98/1985).

El criterio legal para medir la mayor representatividad es la **audiencia sindical**, medida por medio de los resultados de las elecciones de representantes unitarios de trabajadores en las empresas (ved STC 65/1982).

La oficina pública correspondiente es la encargada de expedir la certificación de la condición de sindicato más representativo.

La LOLS distingue cuatro clases de sindicatos más representativos:

1) sindicatos más representativos en el Estado,
2) sindicatos más representativos en la comunidad autónoma,
3) sindicatos más representativos por irradiación,

Este tipo de representatividad tiene la particularidad de que prescinde de cualquier parámetro que permita evaluar la efectiva implantación del sindicato en el ámbito geográfico y funcional. El objetivo de una representatividad por irradiación es asegurar, en cada ámbito territorial y funcional posible de actuación sindical, la presencia de las confederaciones más representativas (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, p. 110 y 111).

4) sindicatos simplemente representativos.

1) Sindicatos más representativos en el Estado

Son los que obtengan en el ámbito estatal el 10% o más del total de delegados de personal o de miembros de los comités de empresa (art. 6.2.a LOLS) – *representatividad por audiencia sindical*.

También pueden ostentar dicha calificación aquellos sindicatos afiliados, federados o confederados a otro sindicato de ámbito estatal que tenga la condición de más representativo por su audiencia sindical (art. 6.2.b LOLS) – *representatividad por irradiación*.

Sindicatos más representativos

La verdadera importancia de la atribución de mayor representatividad a un sindicato radica en las funciones y prerrogativas específicas que se le atribuyen y que, en cambio, no ostentan los que no son calificados como tal.

Los citados sindicatos disfrutan de capacidad representativa en todos los ámbitos territoriales y funcionales. No obstante, cuando se trata de un sindicato más representativo por irradiación, esta representatividad "se contrae al específico ámbito territorial y funcional de cada uno" (STC 98/1985). Actualmente, los sindicatos más representativos en el Estado, en función de la audiencia sindical, son Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CCOO).

Las prerrogativas derivadas de esta representatividad son las siguientes (art. 6.3 LOLS):

a) Tener la representación institucional frente a las administraciones públicas y otras entidades y organismos de carácter estatal o de comunidad autónoma que la tengan prevista.

Concertación social

Como consecuencia de la concertación social, el Parlamento pierde importancia en beneficio de los agentes sociales (empresarios y sindicatos) y del Gobierno.

Por ejemplo, tienen derecho a formar parte en órganos de la Administración pública o a participar en lo que se conoce como concertación social.

Dentro de la primera categoría, por ejemplo, pueden participar:

- en el **Consejo Económico y Social** (CES), órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral (regulado por la Ley 21/1991, de 17 de junio);
- en el **Consejo General del Sistema Nacional de Empleo**, que es el órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo (art. 7.1.b Ley 56/2003, de Empleo); asimismo, tienen derecho a formar parte del **Servicio Público de Empleo Estatal**, juntamente con las asociaciones empresariales y con carácter paritario (arts. 8.1 y 12 Ley de Empleo);
- internacionalmente, en la Conferencia General de la OIT o en los múltiples organismos consultivos comunitarios europeos (por ejemplo, Comité Consultivo de la CECA, Comité Económico y Social y Comité del Fondo Social Europeo, etc.).

En cuanto a la concertación social, pese a no tener contornos definidos o institucionalizados, puede afirmarse que posibilita un intercambio político entre el Estado y los agentes sociales ("consenso social"), de tal modo que posibilita la toma de decisiones políticas a los agentes sociales por medio de pactos. Las modalidades de la concertación social son varias: a) fórmula de legislación negociada; b) fórmula de pacto social; c) fórmula de acuerdo o convenio marco; d) fórmula de mesas separadas entre el Gobierno y los sindicatos y el Gobierno y las asociaciones empresariales (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, p. 319 y 320).

b) La negociación colectiva (en concreto, convenios colectivos de ámbito superior a la empresa con eficacia normativa y general).

c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las administraciones públicas.

d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo.

e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las administraciones públicas.

f) Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos.

Además, también ostentan las siguientes prerrogativas:

a) Aunque, como se analizará, cualquier trabajador afiliado puede constituir una sección sindical en la empresa, sólo las que pertenecen a uno más representativo tienen derecho a disponer de un tablón de anuncios, a la negociación colectiva y a la utilización de un local adecuado donde desarrollar su actividad, siempre que la empresa o centro de trabajo cuente con más de 250 trabajadores (art. 8.2 LOLS).

b) Los trabajadores que ostenten cargos electivos en el ámbito provincial, autonómico o estatal de los sindicatos más representativos ostentan los siguientes derechos (art. 9.1 LOLS):

- disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones propias de su cargo,
- derecho a la excedencia forzosa mientras dure el ejercicio de su cargo representativo,
- derecho a la asistencia y al acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores.

2) Sindicatos más representativos en la comunidad autónoma

Son los que reúnan **todos** los requisitos siguientes (art. 7.1.a LOLS – *representatividad por audiencia sindical*):

- que al menos obtengan el 15% de los delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los órganos correspondientes de las administraciones públicas;

- que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes (delegados de personal y/o miembros de los comités de empresa);

- que el sindicato no esté federado o confederado con organizaciones sindicales de ámbito estatal.

El requerimiento de mayores exigencias en estos supuestos ha sido justificado por la STC 98/1985, al afirmar que no es irrazonable, pues garantizan "su relevancia no solamente en el interior de la respectiva comunidad, sino también en relación con el conjunto nacional" y porque evitan "las distorsiones que resultarían de la atribución de los mismos derechos a sindicatos de distinta implantación territorial y que representen a un número muy distinto de trabajadores, según la población laboral de las respectivas comunidades autónomas [...]. La disposición obedece, así, a una voluntad del legislador de que los interlocutores sociales, por parte de los trabajadores, lo sean con el peso adecuado a la realidad global del mundo del trabajo en el marco de la economía nacional; opción legislativa que no puede calificarse de discriminatoria, por tener una justificación razonable, no siendo la regulación propuesta desproporcionada para conseguir la finalidad pretendida".

3) Sindicatos más represantativos por irradiacón

También pueden ostentar dicha calificación aquellos sindicatos afiliados, federados o confederados a otro sindicato de ámbito estatal que tenga la condición de más representativo por su audiencia sindical (art. 7.1.b LOLS) – *representatividad por irradiación*.

Actualmente, los sindicatos más representativos en la comunidad autónoma, en función de su audiencia sindical, son: en el País Vasco, Euskal Langileen Alkartasuna (Solidaridad de los Trabajadores Vascos: ELA-STV), Langile Abertzaleen Batzordeak (Comisiones de Obreros Patriotas: LAB; y en Galicia, Converxencia Intersindical Galega (CIG).

Esta representatividad les permite realizar las actuaciones descritas en el artículo 6.3 LOLS, así como "la capacidad para ostentar la representación institucional ante las administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal" (párrafo 2.° art. 7.1 LOLS).

No obstante, estos sindicatos no tienen capacidad para formar parte de la representación en la Conferencia Internacional del Trabajo (STC 65/1982). Criterio, en principio, extrapolable al resto de instituciones internacionales o comunitarias.

Además, también ostentan las prerrogativas descritas en los artículos 8.2 y 9.3 de la LOLS.

4) Sindicatos simplemente representativos

Son las organizaciones sindicales que, sin ser más representativas, hayan obtenido en el ámbito territorial y funcional específico el 10% o más de delegados de personal y miembros de comités de empresa y de los correspondientes órganos de la Administración pública (art. 7.2 LOLS).

Estas organizaciones cuentan con las prerrogativas previstas en el artículo 6.3 de la LOLS, salvo:

- la representación institucional en instituciones públicas,

- el derecho a obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos.

No obstante, la exclusión de estas prerrogativas a estas organizaciones debe relativizarse a la luz de las SSTC 98/1985, 184/1987 y 217/1988, y no se pueden interpretar de un modo completamente excluyente.

2. Las asociaciones empresariales

Las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Igual que los sindicatos, su creación y el ejercicio de su actividad son libres, y su estructura interna y funcionamiento tienen que ser democráticos (art. 7 CE).

Aunque el artículo 28.1 de la CE dispone, genéricamente, que "todos" tienen derecho a la libertad sindical, esta titularidad no es extensible a las asociaciones empresariales, las cuales quedan amparadas por la libertad genérica de asociación, reconocida en el artículo 22 CE (ATC 113/1984).

Asociaciones empresariales

Son organizaciones defensivas y esencialmente conservadoras, que nacen sólo y cuando los sindicatos obreros adquieren fuerza suficiente para intentar un cambio en el equilibrio social y jurídico existente (Ojeda Avilés, 1995, p. 138).

Por consiguiente, las asociaciones empresariales no pueden equipararse a los sindicatos de trabajadores. Por más que la Constitución les atribuya análoga relevancia a unas y otros (art. 7), el asociacionismo empresarial no se encuentra tutelado por el específico derecho reconocido en el artículo 28.1 CE, que se refiere sólo a los sindicatos de trabajadores (ATC 113/1984; SSTC 52 y 75/1992; y 92/1994).

El derecho de asociación empresarial comprende tanto la libertad positiva de asociación (libertad de creación de asociaciones sin necesidad de autorización previa y de integración en una asociación constituida), como la negativa (derecho a no asociarse, a no declarar la pertenencia a una asociación y a poner fin al vínculo asociativo) –Alonso Olea y Casas Baamonde, 2003, p. 611 y 612.

La Constitución garantiza a las organizaciones empresariales un ámbito de inmunidad frente a la actuación de los poderes públicos que se asemeja enormemente a las facultades organizativas de la libertad sindical de los trabajadores (arts. 7 y 22 CE, STC 75/1992).

Afiliados

Los afiliados de las asociaciones empresariales han de ser necesariamente empresarios. No son asociaciones empresariales las que integran conjuntamente a empresarios y trabajadores (Alonso Olea y Casas Baamonde, 2003, p. 614).

2.1. Régimen jurídico de las asociaciones empresariales

El régimen jurídico de las asociaciones empresariales está recogido en una ley preconstitucional, la Ley 19/1977, 1 de abril, sobre Derecho de Asociación Sindical (en adelante, LAS). Aunque la promulgación de la LOLS supuso su derogación, las disposiciones relativas a las asociaciones profesionales y, particularmente, a las asociaciones empresariales permanecen vigentes (también sigue vigente el Decreto 873/1977, 22 de abril, sobre el depósito de los estatu-

tos de las organizaciones constituidas al amparo de la LAS; Disp. Derogatoria LOLS). Además, debe tenerse en cuenta que también quedan amparadas con lo previsto en los convenios n.° 87 OIT y n.° 98 OIT.

El acta de constitución debe ser suscrita por sus otorgantes o, en su defecto, por los promotores y directivos, con expresión de los datos personales necesarios para su identificación (art. 1.2 Decreto 873/1977).

Tras proclamar la plena autonomía de sus miembros en la elaboración de sus estatutos (art. 1.3 LAS), el artículo 1.4 LAS establece su contenido mínimo: denominación de la asociación, ámbito territorial y profesional, órganos de representación, gobierno y administración, recursos económicos y sistema de admisión de miembros, y regulación de su funcionamiento de acuerdo con principios democráticos.

Elaborados sus estatutos, deben depositarse, junto con el acta, en la oficina pública establecida al efecto; adquirirán personalidad jurídica y plena capacidad de obrar transcurridos veinte días desde dicho depósito, salvo que dentro de dicho plazo se inste, de la autoridad judicial competente, a la declaración de no ser conformes a derecho (art. 3 LAS).

2.2. Funciones y representatividad de las asociaciones empresariales

Las asociaciones empresariales persiguen la defensa de los intereses de sus asociados.

De un modo similar a los sindicatos, la legislación atribuye una singular posición jurídica a determinadas asociaciones en función de su representatividad. En concreto, se hace la siguiente distinción:

- asociaciones empresariales más representativas del Estado,
- asociaciones empresariales más representativas de la comunidad autónoma,
- asociaciones empresariales suficientemente representativas.

2.2.1. Asociaciones empresariales más representativas del Estado (D. Ad. 6 ET)

Son las que cuenten con el 10% o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal, incluidas todas las empresas y trabajadores del territorio estatal y de cualquiera de los sectores de actividad.

Éstas tienen la capacidad para ostentar la representación institucional en defensa de intereses generales de los empresarios ante las administraciones públicas y ante otras entidades u organismos de carácter estatal o de las comunidades autónomas que la tengan prevista; también para obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos (D. Ad. 6 ET).

Además, estas asociaciones están legitimadas para negociar convenios colectivos de eficacia personal general estatal (art. 87.3 ET).

2.2.2. Asociaciones empresariales más representativas de la comunidad autónoma

Son las que cuenten en la comunidad autónoma con un mínimo del 15% de los empresarios y trabajadores (D. Ad. 6 ET).

Es importante advertir que no pueden recibir esta calificación las asociaciones empresariales autonómicas que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal (D. Ad. 6 ET).

Estas asociaciones cuentan con las mismas prerrogativas que las descritas para las más representativas de ámbito estatal (art. 87.4 y D. Ad. 6 ET). Conviene resaltar que esto significa que, pese a su carácter autonómico, tienen reconocida legitimidad para negociar convenios colectivos de eficacia personal, general y estatal.

2.2.3. Asociaciones empresariales suficientemente representativas

Son las que, en un ámbito geográfico y funcional concreto, cuenten con el 10% de empresarios y den ocupación a un mismo porcentaje de los trabajadores afectados. Esta representatividad faculta a estas asociaciones a intervenir en la negociación colectiva dentro de dicho ámbito territorial y funcional.

Como ha señalado la STC 57/1989, es importante advertir que, desde el punto de vista de la representatividad, la única diferencia entre las asociaciones empresariales y los sindicatos es que la condición de mayor representatividad de éstos se adquiere tras un proceso electoral hacia los órganos de representación unitaria de los trabajadores. La de las asociaciones empresariales tiene lugar por la pertenencia (afiliación) de las distintas empresas a una organización específica.

Representatividad empresarial y sindical

Los métodos de medición de la representatividad sindical y empresarial no son plenamente coincidentes; los sindicales son más precisos y objetivos.

Por consiguiente, mientras que los sindicatos acreditan su representatividad de forma objetiva y precisa, en el caso de las asociaciones empresariales, ante la ausencia de censos de empresas y de población activa ocupada, no existe un sistema de medición seguro (Alonso Olea y Casas Baamonde, 2003, p. 615 y 616).

3. La representación de los trabajadores en la empresa

La representación de los trabajadores en la empresa se configura mediante dos canales: la representación **sindical** y la representación **unitaria**; modelos que no se excluyen recíprocamente, sino que pueden coexistir sin problemas, de un modo simultáneo.

El artículo 129.2 de la CE compromete a los poderes públicos a promover eficazmente las diversas formas de participación en las empresas.

A su vez, el artículo 4.1.g) del ET reconoce a los trabajadores el derecho a la participación en la empresa.

Esta coexistencia entre representaciones unitarias y sindicales se ha traducir en el establecimiento de cautelas para que un tipo de representación no se utilice en perjuicio de la otra.

En este sentido, el artículo 5 Convenio n.° 135 OIT, establece que "cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes, y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes".

3.1. La representación unitaria

La representación unitaria persigue la defensa y promoción de los intereses de todos los trabajadores empleados en una empresa o centro de trabajo al margen y con independencia de su adscripción sindical. La representación sindical en la empresa persigue, en cambio, la representación y defensa de los intereses de los trabajadores como clase (Luján Alcaraz, 2003, p. 74).

Estos órganos unitarios son designados por los trabajadores por medio de unas elecciones que pueden desarrollarse sin intervención sindical alguna. En consecuencia, es posible que resulte un órgano de representación unitaria donde no estén presentes ninguno de los sindicatos con afiliados en la empresa. No obstante, conviene tener en cuenta que, en la legislación española, los sindicatos también están habilitados para poner en marcha el procedimiento electoral, así como a presentar a candidatos a las mismas.

De todos modos, aunque existen diferencias conceptuales importantes entre la representación unitaria y la sindical, de hecho, los sindicatos están muy interesados en intervenir activamente en los órganos de representación unitaria (son "una vía de importante y, muchas veces, preferente actuación"; STC 197/1990), pues su representatividad se mide en función de las elecciones a los delegados de personal y comités de empresa.

STC 95/1996

"De hecho, la gran mayoría de los delegados de personal y miembros de comités de empresa vienen siendo elegidos en listas presentadas por los sindicatos, siendo éstos quienes asimismo promueven de forma absolutamente mayoritaria la celebración de elecciones".

En efecto, como afirma la STC 95/1996, las elecciones "no sólo sirven para elegir a los representantes unitarios o electivos de los trabajadores en la empresa, sino también para determinar quiénes son los sindicatos más representativos o simplemente representativos".

Los órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa son los siguientes:

- **comités de empresa** o **delegados de personal**,
- **asamblea de personal**.

Tal y como están configuradas, en la legislación española no existe ni coordinación ni una relación de jerarquía entre ambos, aunque el comité de empresa tiene asignado un papel central.

3.1.1. Los delegados de personal, el comité de empresa y el comité intercentros

La existencia de delegados de personal o comités de empresa depende de dos parámetros: el número de trabajadores y el número de centros de trabajo.

El parámetro "número de trabajadores" se refiere a todo tipo de trabajadores, temporales y fijos.

El comité de empresa y los delegados de personal tienen las mismas facultades y prerrogativas (art. 62.2 ET), aunque, como se analizará, su lógica de funcionamiento no es plenamente coincidente. Sin perjuicio de estas diferencias (que serán expuestas a continuación) es importante advertir que el mandato que ostentan es representativo y no imperativo, por lo que las decisiones que adopten no requieren la ratificación de la asamblea de trabajadores.

Los delegados de personal

En los centros de trabajo que tengan más de 10 trabajadores y menos de 50, la representación es asumida por los **delegados de personal**. También en los que cuenten entre 6 y 10, si así lo deciden por mayoría (art. 62.1 ET).

En definitiva, de lo expuesto, es fácil advertir que son muchas las empresas o centros de trabajo que no pueden tener representación (las que tengan hasta 5 trabajadores); y, también las que sólo la tendrán si los trabajadores lo deciden por mayoría (las que tengan hasta 10 trabajadores).

Este modelo representivo que describe el ET es criticable, ya que son precisamente en las empresas o centros de trabajo de pequeñas dimensiones (la mayoría en el panorama económico español) donde la representación de los trabajadores, en principio, resulta más útil para defender sus intereses.

El número de delegados de personal varía en función de la dimensión de la plantilla (art. 62.1 ET):

Tabla 3. El número de delegados de personal

Trabajadores en plantilla	Delegados
Hasta 30	1
De 31 a 49	3

Los delegados de personal deben ejercer la representación mancomunadamente o de un modo pluripersonal; es decir, deben ejercerla conjuntamente, sin que la actuación independiente de uno de ellos vincule a los restantes, ni a la inversa.

No obstante, se admite que una decisión tomada por dos de los tres puede entenderse hecha por el colectivo, pero, si sólo lo hace uno de ellos, se entiende a título individual (Ojeda Avilés, 1995, p. 292).

Por otra parte, su actuación se rige por el deber de sigilo profesional, incluso, aún después de dejar el cargo representativo (arts. 62.2 y 65.2 ET).

El comité de empresa

En los centros de trabajo que tengan 50 o más, la representación es asumida por el **comité de empresa** (art. 63.1 ET).

Para el supuesto en que una empresa cuente con **varios centros de trabajo**, se prevén algunas normas específicas:

- si cuenta con varios centros de trabajo en la misma provincia o en dos limítrofes, cuyos censos no cuentan con más de 50 trabajadores, pero que sí en su conjunto, se constituirá un comité de empresa conjunto (art. 63.2 ET);
- si unos centros tienen 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con los segundos se constituirá otro (art. 63.2 ET).

El número de miembros del comité de empresa se calcula en proporción al número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo, como resulta en la siguiente escala (art. 66.1 ET):

Tabla 4. El número de miembros del comité de empresa

Trabajadores en plantilla	Número de miembros del comité
De 50 a 100	5
De 101 a 250	9
De 251 a 500	13
De 501 a 750	17
De 751 a 1.000	21
Más de 1.000	Se suman dos por cada millar o fracción, con un máximo de 75.

Asumiendo las dificultades a la hora de computar el número de trabajadores que efectivamente prestan sus servicios en la empresa y, consiguientemente, de determinar el número de representantes, los artículos 72.2 y 67.1 del ET establecen las reglas siguientes:

- Los trabajadores **fijos discontinuos** y los vinculados por **contrato de trabajo de duración determinada** superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla (art. 72.2.a ET).

- Los contratados por **término de hasta un año** se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más (art. 72.2.b ET; ved también el artículo 9.4 del Decreto 1844/1994).

- Si hubiera un **aumento de la plantilla**, pueden promoverse elecciones parciales (también su hubieran dimisiones, revocaciones o ajustes de representación). En cambio, si se produce una "**disminución significativa**", deberá procederse según lo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 67.1).

Como se ha apuntado, el criterio de funcionamiento del comité de empresa no es coincidente con el de los delegados de personal:

- En primer lugar, se exige el nombramiento de un presidente, un secretario, así como la elaboración de su propio reglamento de procedimiento (art. 66.2 ET).

- En segundo lugar, se prevé que debe reunirse, como mínimo, cada dos meses, o siempre que lo solicite un tercio de sus miembros o un tercio de los trabajadores representados (art. 66.2 ET). Los delegados sindicales podrán asistir a estas reuniones con voz, pero sin voto (artículo 10.3.2.° LOLS).

- Y, finalmente, asumiendo que "el comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores" (art. 63.1 ET), se entiende que opera mediante acuerdos mayoritarios, siempre y cuando representen el *quórum* necesario (art. 65.1 ET).

Finalmente, y del mismo modo que los delegados de personal, su actuación está regida por el deber de sigilo profesional, que se extiende después de finalizado su mandato representativo (art. 65.2 ET).

En cuanto a la relación entre los representantes y los trabajadores, la STC 134/1994 ha establecido que "los representantes de los trabajadores responderán ante su cuerpo electoral o ante el grupo o sindicato que los apoyaron, y deberán comportarse de acuerdo con las competencias y, en su caso, deberes (su exigibilidad provendrá en todo caso de los sujetos que se acaban de mencionar, pero no del empresario) que resulten de la ley y pactos aplicables, sin que el poder de dirección empresarial sea un título suficiente que legitime la potestad empresarial al respecto" (STC 134/1994).

El comité de empresa intercentros

La existencia y funcionamiento de un **comité intercentros** debe ser pactada por medio del convenio colectivo (art. 63.3 ET).

Los componentes de este órgano deben ser elegidos de entre los miembros de los distintos comités de centro y su número no puede ser superior a trece (art. 63.3 ET), aunque éste es un criterio que debe matizarse a la luz de la STC 140/1990 y cabe entender que su número puede ser superior. De hecho, es el propio convenio colectivo el encargado de determinar sus competencias.

3.1.2. El procedimiento electoral

La designación de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa se lleva a cabo por elección de los trabajadores mediante sufragio libre, personal y directo (arts. 62.1, 67 y 69 a 76 ET y Decreto 1844/1994).

Las elecciones podrán ser promovidas (art. 67.1 ET) por:

1) las organizaciones sindicales más representativas,

2) las organizaciones sindicales que cuenten con un mínimo del 10% de representantes en la empresa,

3) Los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario.

Son **electores** todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de 16 años y con una antigüedad en la empresa de al menos un mes (art. 69.2 ET):

Y son **elegibles** los trabajadores que tengan 18 años y una antigüedad en la empresa de al menos seis meses, salvo en industrias en las que, por movilidad del personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad (art. 69.2 ET).

Promoción de elecciones generalizada

Cuando se trate de promover elecciones de forma generalizada, deberá existir acuerdo previo mayoritario de los sindicatos más representativos (art. 67.1 ET).

El proceso electoral comienza con la comunicación a la empresa y a la autoridad laboral por parte de los promotores del propósito de celebrar las elecciones, indicando la empresa, el centro de trabajo y la fecha de inicio, que debe coincidir con la fecha de constitución de la **mesa electoral** (art. 67.1 ET).

En la empresa se constituirá una mesa por cada colegio de 250 trabajadores, electores o fracción, integrada por el presidente (el trabajador de mayor antigüedad) y dos vocales (electores de mayor y menor edad –arts. 73.1 y 3 ET–).

Mesa electoral

Es la encargada de vigilar todo el proceso electoral, presidir la votación, realizar el escrutinio, levantar el acta correspondiente y resolver cualquier reclamación que se presente (art. 73.2 ET).

Las funciones de la mesa son (art. 74 ET):

1) hacer público entre los trabajadores el censo laboral, con la indicación de quiénes son electores;
2) fijar el número de representantes y la fecha tope para la presentación de candidaturas;
3) recibir y proclamar las candidaturas que se presenten;
4) señalar la fecha de votación;
5) redactar el acto de escrutinio en un plazo no superior a tres días naturales, a contar desde la celebración de la votación.

En la **votación para delegados de personal**, cada elector puede dar su voto a un número máximo de aspirantes equivalente al de puestos que se hayan de cubrir entre los candidatos presentados (art. 70 ET).

En la **elección para el comité de empresa**, en las empresas de más de 50 trabajadores, el censo de electores y elegibles se distribuirá en dos colegios electorales: uno integrado por los técnicos y los administrativos; y el otro integrado por los trabajadores especialistas y no cualificados. Cada elector puede dar su voto a una sola de las listas presentadas para los del comité que corresponda a su colegio. Estas listas deben contener, como mínimo, tantos nombres como puestos. La atribución de representantes está condicionada a aquellas listas que obtengan como mínimo el 5% de los votos por cada colegio (art. 71 ET).

Votación

El empresario facilitará los medios precisos para el normal desarrollo de la votación y de todo el proceso electoral (art. 75.1 ET).

El **acto de votación** debe efectuarse en el centro de trabajo y durante la jornada laboral (art. 75.1 ET). El voto será libre, secreto, personal y directo, y se depositarán las papeletas (que serán todas iguales) en urnas cerradas (art. 75.2 ET).

El **recuento de la votación** debe ser efectuado por la mesa electoral, mediante la lectura por el presidente, en voz alta, de las papeletas. Del resultado del escrutinio se levantará acta y las mesas electorales de una misma empresa o centro, en reunión conjunta, extenderán el acta del resultado global de la votación (arts. 75.3 y 4 ET).

Renovación del mandato representativo

Los representantes de los trabajadores pueden ser revocados de su cargo cuando los trabajadores que procedieron a su elección no estén satisfechos de su gestión. Para ello, deben cumplirse los requisitos previstos en el artículo 67.3 ET.

El **resultado de la votación** debe publicarse en el tablón de anuncios y remitirse a la oficina pública para su registro (arts. 75.5 y 6 ET).

Finalmente, la **duración del mandato** de los delegados de personal y miembros del comité de empresa es de cuatro años (art. 67.3 ET).

3.1.3. Competencias de los representantes unitarios

Las facultades y prerrogativas de los delegados de personal y miembros del comité de empresa son múltiples y su regulación está dispersa en la normativa. A continuación, sin ánimo exhaustivo, se exponen con una finalidad sistemática.

Derecho de información pasiva

El empresario debe informarles sobre las siguientes cuestiones:

1) La situación económica del sector y de la empresa, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo; la probable evolución del empleo en la empresa y las estadísticas relativas al índice de absentismo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estudios del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilizan (art. 64.2 ET).

Definición de "información"

"Se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa a fin de que tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen" (art. 64.1 ET).

2) Las medidas de aplicación de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 64.3 ET). En este sentido, tienen garantizado el acceso a la información sobre el contenido del plan de igualdad y la consecución de sus objetivos (art. 47 Ley 3/2007).

> Con el fin de garantizar la igualdad de trato y oportunidades, las empresas deben adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, que han de negociar y, en su caso, acordar con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral. Tales medidas, en los casos establecidos en la Ley 3/2007, deberán revestir la forma de **plan de igualdad**.

3) El balance, cuentas de resultados y memoria; modelos de contrato de trabajo escritos que utilice la empresa, así como de los documentos relativos a la terminación de la relación laboral; la copia básica de los contratos de trabajo y las sanciones impuestas por faltas muy graves a los trabajadores (art. 64.4 ET).

4) La movilidad funcional que implique realizar funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes (art. 39.2 ET).

5) En los supuestos de transmisión de empresa, el cedente y el cesionario deben informar sobre la fecha prevista, motivos y consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores de la transmisión, así como medidas previstas respecto a los trabajadores (art. 44.6 ET).

6) Atendiendo al artículo 42.4 ET, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras y servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

a) nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista;
b) objeto y duración de la contrata;
c) lugar de ejecución de la contrata;
d) en su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de la empresa principal;
e) medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Además, cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro de registro donde se refleje la información anterior respecto a todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

7) En los supuestos de contratación por medio de una ETT, la celebración de contratos de puesta a disposición y el motivo de la utilización (art. 9 Ley 14/1994).

8) Las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores (D. Ad. 3.ª Decreto 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo).

Derecho de información activa

El empresario, antes de adoptar determinadas decisiones, debe consultarlo con los representantes de los trabajadores.

Es importante tener en cuenta que "la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones, con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo [...]. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones" (art. 64.6 ET).

Definición de "consulta"

Se entiende por consulta "el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión del informe previo por parte del mismo" (art. 64.1 ET).

En concreto, debe **consultarles** sobre los siguientes aspectos:

1) la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto (art. 64.5 ET);

2) todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa; igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente, en caso de riesgo para el empleo (art. 64.5 ET);

3) la decisión empresarial que implique la movilidad geográfica colectiva de los trabajadores, o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo (arts. 40 y 41 ET);

4) la reestructuración de plantilla por medio de un expediente de regulación de empleo extintivo o suspensivo (arts. 51 y 47 ET);

5) la elaboración del calendario laboral (D. Ad. 3.ª Decreto 1561/1995).

Además, el comité de empresa tiene derecho a **emitir un informe**, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por él, sobre las siguientes cuestiones:

Art. 64.6 ET

"Los informes que deba emitir el comité de empresa deberán elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes."

1) las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla (art. 64.5 ET);

2) las reducciones de jornada (art. 64.5 ET);

3) el traslado total o parcial de las instalaciones (art. 64.5 ET);

4) los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo (art. 64.5 ET);

5) los planes de formación profesional en la empresa (art. 64.5 ET);

6) la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo (art. 64.5 ET);

7) si la empresa se niega a cubrir una vacante en caso de desarrollo de funciones superiores a las del grupo profesional o a las categorías equivalentes del trabajador (art. 39.4 ET).

Funciones de control y vigilancia

Asimismo, también desarrolla una función de vigilancia y control sobre (art. 64.7.a ET):

1) el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes;

2) las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa;

3) el respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

Otras funciones

Finalmente, también tiene atribuidas las siguientes facultades:

1) derecho a la negociación colectiva (art. 87.1 ET);

2) derecho a instar medidas de conflicto colectivo y a acordar la declaración de huelga (Real decreto ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo; en adelante, RDLRT);

3) participar en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares (art. 64.7.b ET);

4) derecho a convocar la asamblea de trabajadores (art. 77.1 ET);

5) ejercicio de acciones administrativas o judiciales (art. 65.1 ET);

6) presencia, en el momento de la firma, de la liquidación de los trabajadores (art. 49.2 ET).

7) derecho a un local adecuado para que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios (art. 81 ET).

Local adecuado

El derecho a un local está condicionado a las características del centro de trabajo.

El local puede ser compartido por el comité de empresa y la sección sindical (STS 19 de diciembre de 1996, RJ 9732).

3.1.4. Obligaciones de los representantes unitarios

La labor de los representantes unitarios de los trabajadores también está sujeta al cumplimiento de ciertos deberes. En concreto:

1) Están sujetos, como ya se ha apuntado, al deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado (art. 65.2 ET).

La STC 213/2002 ha manifestado que el deber de sigilo no es ilimitado ni recae sobre cualquier materia, sino sólo sobre las específicamente citadas en el artículo 65.2 ET. Según el TC, el conocimiento por parte de un representante sindical de un informe, elaborado por la empresa sobre el absentismo laboral (no calificado como confidencial y que tiene un indudable interés para los intereses de los trabajadores) y su posterior difusión a los miembros del sindicato y a los medios de comunicación, no sobrepasa irrazonablemente su función representativa ni transgrede las exigencias de la buena fe contractual inherente a su relación laboral (STC 213/2002).

2) Deben colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa si así está pactado en los convenios colectivos (art. 64.7.c ET).

3) Deben colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación (art. 64.7.d ET). Además, deben contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo (art. 48 Ley 3/2007).

4) Deben informar a sus representados sobre todos los temas y cuestiones que directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales (art. 64.7.e ET).

3.1.5. Garantías de los representantes unitarios

A fin de que la labor de los representantes sea efectiva, se prevén una serie de medidas dirigidas a evitar que su actividad se vea comprometida o sea objeto de interferencias por parte del empresario, de los sindicatos, o incluso de sus propios electores.

Competencias y garantías

Reconocer la existencia de órganos representativos y atribuirles competencias sería muy poco efectivo, si en paralelo, no se establecen instrumentos que aseguren el ejercicio de sus funciones.

La aplicabilidad de estas garantías exige que el empresario tenga conocimiento del mandato representativo que ostenta quien pretende hacer uso de ellas. Por este motivo, el ET exige que se dé publicidad del mismo (art. 67.5 y 75.5 ET).

En concreto, disponen de las siguientes medidas de protección:

1) Tienen derecho a que se abra un expediente contradictorio ante una sanción empresarial grave o muy grave, así como en los supuestos de despido disciplinario.

Discusión doctrinal

Un importante sector de la doctrina estima que la apertura del expediente contradictorio es exigible en todos los supuestos de resolución contractual y no sólo en los supuestos de despido imputable (art. 54 ET).

La jurisprudencia ha entendido que esta garantía también debe extenderse a los trabajadores "electos", aunque no hubieran tomado posesión de su cargo (STS 5 de noviembre de 1990, RJ 8547), así como a los que oficialmente hubieran sido proclamados como "candidatos" para las elecciones, hasta que se desarrolle el proceso electoral (SSTC y 38/1981 y 55/1983, y, entre otras, STS 18 de febrero de 1997, RJ 1448).

Trámite con el que deben ser oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o los restantes delegados de personal (apartado art. 68.a y 55.1 ET) siempre y cuando, claro está, haya otros representantes de los trabajadores en el centro de trabajo donde presta sus servicios el trabajador afectado (STS 6 de julio de 1990, RJ 6069). Se trata de un trámite previo a la decisión extintiva que pretende proteger a los representantes frente a la facultad resolutoria del empresario, intentando la imparcialidad de la decisión de despedir al representante, así como la verdad material y la clarificación de los hechos. Esto es, opera como garantía frente a la arbitrariedad empresarial, pero, a su vez, también posibilita la revisión de lo sucedido y, por tanto, la opción de reconsiderar (o atemperar) la decisión inicial y evitar actuaciones precipitadas (SSTS 4 de julio de 1986, RJ 3946; y 26 de noviembre de 1990, RJ 8604).

En lo concerniente al desarrollo del expediente, sintéticamente deben diferenciarse tres fases: iniciación, tramitación y resolución. Mientras que en la primera y en la tercera deben ser realizadas por el sujeto que ostente la facultad resolutoria, para la segunda (la tramitación) es exigible la presencia de una persona diferente para conseguir los niveles mínimos exigibles de imparcialidad y objetividad; secuencia que debe permitir que se cumpla con la finalidad de defensa del trabajador, que el expediente sea contradictorio y que se dé audiencia al interesado y al resto de representantes. Como reza la STS 13 de mayo de 1988 (RJ 4980), este trámite no puede limitarse a meros formulismos, sino que debe cumplir con ciertos requisitos esenciales: la audiencia del interesado, lo que presupone conocimiento por éste del incumplimiento que se alega, la posibilidad de desvirtuarlo, evacuando las pruebas que aduzca en su favor y la audiencia del comité de empresa o de los delegados de personal, en su defecto. De todos modos, la doctrina jurisprudencial ha suavizado las exigencias formales del expediente, declarando que no es exigible el nombramiento de instructor o secretario (STS 30 de noviembre de 1982, RJ 6910); ni tampoco un trámite de prueba (STS 22 de enero de 1991, RJ 69).

2) Prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos de suspensión o extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 68.b ET).

Esta preferencia debe ser interpretada en el sentido de que el representante tiene derecho a ser el último del grupo o categoría profesional afectados por la suspensión o extinción.

Esta garantía también está prevista en los supuestos de traslado y desplazamiento (art. 40.5 ET).

3) Derecho a no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente al de la expiración de su mandato representativo, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación (art. 68.c ET).

Convenio n.° 158 OIT

Según el artículo 5.b) Convenio n.° 158 OIT, no es un motivo justificado para la extinción del contrato de trabajo "ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad".

Según el artículo 1 del Convenio n.° 135 OIT:

"los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor".

Todo ello, sin perjuicio, naturalmente, del despido previsto en el artículo 54 ET (art. 68.c ET). Es decir, la condición de representante no confiere al trabajador un estatus de absoluta impunidad frente a la empresa (STS 20 de febrero de 1990, RJ 1122).

4) Los representantes de los trabajadores tampoco pueden ser discriminados en su promoción económica o profesional (art. 68.c ET). Es decir, no pueden quedar excluidos de sus expectativas en estos ámbitos por razones que no estén debidamente justificadas.

5) En caso de que la extinción del contrato sea calificada como improcedente, el representante de los trabajadores tiene derecho a optar entre ser readmitido o percibir la indemnización legal tasada (art. 56.4 ET).

6) Derecho de libre expresión en materias propias de su representación (art. 68.d ET). En concreto, tiene derecho a publicar y distribuir, sin perturbar el normal desarrollo del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa.

7) Disfrute de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación según la siguiente escala (art. 68.e ET).

Derecho de opción

Para el resto de trabajadores, salvo que se haya previsto otra cosa (por ejemplo, en el convenio colectivo), quien ostenta el derecho de opción es el empresario.

Tabla 5. Crédito de horas

Trabajadores en plantilla	Crédito de horas
Hasta 100 trabajadores	15
De 101 a 250	20
De 251 a 500	30
De 501 a 750	35
De 751 en adelante	40

Cabe la posibilidad de que en el convenio colectivo se prevea la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa o delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, y que pueda quedar relevado (o relevados) del trabajo, sin perjuicio de su remuneración.

8) Su mandato sólo puede ser revocado por los trabajadores que los hayan elegido por decisión de la mayoría absoluta de los electores presentes en una asamblea convocada al tal efecto a petición de un tercio de aquéllos. Esta es una decisión que debe tomarse por sufragio personal, libre, directo y secreto (art. 67.3.2 ET). Además, esta decisión no puede tomarse durante la negociación de un convenio colectivo ni replantearse hasta transcurridos, por lo menos, seis meses.

3.2. La representación sindical en la empresa

La representación del sindicato en las empresas puede canalizarse a través de las **secciones sindicales** y los **delegados sindicales**.

Tipos de representación

Recuérdese que, en una misma empresa o centro de trabajo, la representación unitaria puede convivir con la representación sindical.

3.2.1. La sección sindical

Definición

"Las secciones sindicales, formadas por el conjunto de las personas afiliadas en la empresa o en el centro de trabajo, son instancias de base del sindicato (las células básicas del sindicato) organizadas en la empresa para el desarrollo de actividades sindicales en los lugares de trabajo" (Luján Alcaraz, 2003, p. 104).

La creación de una sección sindical no está condicionada a que el sindicato tenga la consideración de más representativo, o que tenga presencia en los órganos de representación unitaria, o que dependa del volumen de la plantilla (STS 24 de noviembre de 1989, RJ 8245); sino que, únicamente, depende de dos factores:

Sindicatos en las empresas

La entrada de los sindicatos en las empresas en España, al igual que en el resto de países de nuestro entorno, es un fenómeno tardío (Luján Alcaraz, 2003, p. 47).

- la decisión de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo afiliados a un sindicato,

- el cumplimiento de la normativa interna del sindicato en lo referente a la elección de las personas que encarnan sus órganos.

El artículo 8.1 de la LOLS señala que "los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato".

Todo ello evidencia la posibilidad de que en una empresa (o centro de trabajo) pueden convivir varias secciones sindicales representando a los sindicatos que estén presentes en la misma (por medio de sus afiliados).

Por tanto, todos los sindicatos con afiliados en una empresa o centro de trabajo pueden disponer de su propia sección sindical sin que sea preceptivo el consentimiento o un reconocimiento por parte del empresario. Lo que no obsta que sea conveniente su puesta en conocimiento, en la medida de que sea preciso para el desarrollo de la acción sindical en la empresa (STC 292/1993).

Creación de una sección sindical

La posibilidad de crear una sección sindical es una decisión de los trabajadores afiliados al sindicato, y no del sindicato mismo (STC 292/1993).

Funciones

El cometido de una sección sindical es la representación y defensa de los intereses de los trabajadores afiliados al sindicato. Por tanto, aspira a que la organización sindical se acerque a sus afiliados.

En paralelo, en tanto que es posible que su actuación pueda tener una repercusión en la totalidad de los trabajadores de la empresa o de un centro de trabajo de ésta, puede afirmarse que también es un mecanismo de participación de los trabajadores en la empresa y, por ende, una manifestación de la acción sindical.

Funciones de la sección sindical

El principal cometido de la sección sindical es la designación de sus correspondientes delegados sindicales (Luján Alcaraz, 2003, p. 180).

Más específicamente, las funciones de las secciones sindicales son, entre otras, las siguientes (Luján Alcaraz, 2003, p. 186-188): representación del sindicato en la empresa; garantizar la relación entre los afiliados y órganos del sindicato; representación, defensa y promoción de los intereses de sus afiliados; desarrollo, en su ámbito, de la política del sindicato; participación en los órganos de dirección del sindicato; colaboración con las estructuras del sindicato; proselitismo sindical; gestión de la afiliación de trabajadores; recaudación de la cuota sindical, bien directamente, bien facilitando el descuento sobre salario; canalización y distribución de la información sindical entre el sindicato y los afiliados; elección de los órganos de dirección de la sección y control sobre su actuación; aprobación de las normas de funcionamiento de la sección sindical; elección de los delegados sindicales y coordinación de su actividad; gestión y administración de los recursos proporcionados por la empresa para atender las tareas sindicales y representativas, especialmente, las horas sindicales; elaboración del presupuesto anual de funcionamiento, etc.

Derechos

Las atribuciones de las secciones sindicales están en función del grado de representatividad del sindicato y su implantación en los órganos de representación de las empresas; por tanto, no hay uniformidad en el reconocimiento de derechos a las secciones sindicales y existen secciones sindicales privilegiadas:

Sección sindical y elecciones

Aunque la promoción de elecciones a órganos unitarios y la presentación de candidaturas son funciones propias del sindicato (arts. 67.1 y 69.3 ET), es frecuente que éstas se ejerzan en cada empresa o centro de trabajo por las secciones sindicales.

1) Las **secciones sindicales de los sindicatos más representativos** y las de aquellos que, sin serlo, cuenten con representación en los órganos de representación unitaria de la empresa o centro de trabajo, en virtud del artículo 8.2 de la LOLS y sin perjuicio de lo que establezca el convenio colectivo, tienen derecho:

a) a la negociación colectiva (conforme a lo previsto en el artículo 87 del ET);
b) a disponer de un tablón de anuncios en la empresa;
c) al uso de un local adecuado en la empresa donde puedan desarrollar sus actividades, pero sólo en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores (salvo que el convenio colectivo prevea otra cosa).

2) Las **secciones sindicales de los sindicatos que no sean más representativos**, o no cuenten con representación en los órganos de representación unitaria, disponen de los mismos derechos que los reconocidos a sus miembros; esto es, únicamente los previstos en el artículo 8.1.b y c LOLS (celebrar reuniones, recaudar cuotas, distribuir información sindical y recibir información remitida por el sindicato).

3.2.3. Los delegados sindicales

Definición

> Los delegados sindicales son las personas físicas que encarnan al sindicato en la empresa o centro de trabajo y actúan como transmisores de los valores de la organización entre los trabajadores y garantes de la buena imagen del sindicato ante la sociedad (Luján Alcartaz, 2003, p. 139).

Todas las secciones sindicales tienen derecho a designarlos por sus afiliados y entre los mismos, de acuerdo con los estatutos de su sindicato.

Derechos y garantías

Las facultades atribuidas a los delegados sindicales no son uniformes. Al igual que con las secciones sindicales, la LOLS confiere una serie de prerrogativas y garantías para el ejercicio de su actividad únicamente a determinados delegados sindicales, en función de los siguientes parámetros:

Identificación de los delegados sindicales

Es bastante frecuente que los convenios colectivos establezcan la necesidad de que la designación como delegado sindical sea acreditada de modo fehaciente ante el empresario (Luján Alcaraz, 2003, p. 146).

1) número de trabajadores en la empresa o centro de trabajo,
2) presencia o no del sindicato en el comité de empresa.

1) Si la empresa o centro de trabajo tiene más de 250 trabajadores y el sindicato tiene presencia en el comité de empresa, tiene derecho a contar con un número de delegados sindicales que varía en función de los resultados electorales al comité de empresa.

- Salvo que el convenio colectivo amplíe su número, los sindicatos que hayan obtenido más del 10% de los votos tienen derecho a que sus secciones sindicales cuenten con los siguientes delegados:

Tabla 6. Número de delegados sindicales

Trabajadores	Delegados Sindicales
De 250 a 750 trabajadores	1
De 751 a 2.000 trabajadores	2
De 2.001 a 5.000 trabajadores	3
De 5.001 en adelante	4

- Si han obtenido menos del 10%, tienen derecho a un delegado sindical.

Teniendo en cuenta esta configuración, es posible que estos delegados sindicales sean miembros del comité de empresa. En este caso, disponen de todos los derechos y prerrogativas descritos con anterioridad.

En el caso de que estos delegados sindicales no sean miembros del comité de empresa, el artículo 10.3 de la LOLS les reconoce los siguientes derechos (ampliables en el convenio colectivo):

a) Tienen acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa y están obligados a guardar sigilo profesional.

b) Pueden asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene, con voz pero sin voto.

c) Deben ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados y su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos.

En cuanto a las **garantías**, los delegados sindicales que no sean miembros del comité de empresa cuentan con las mismas garantías que las previstas para éstos (art. 10.3 LOLS).

2) Los sindicatos que no tengan representación en los comités de empresa o que estén presentes en empresas o centros de trabajo que no superen los 250 trabajadores, tienen derecho a nombrar a un **delegado interno** o **portavoz**. Éste, salvo que sea representante unitario, no cuenta ni con las facultades y prerrogativas ni tampoco con las garantías descritas en el artículo 10.3 de la LOLS.

3.3. El derecho de reunión de los trabajadores: la asamblea de trabajadores

Los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo tienen derecho a reunirse en asamblea (arts. 4.1.f y 77.1 ET).

La asamblea puede ser convocada, bien por los delegados de personal o por el comité de empresa, o bien por un número de trabajadores de la empresa no inferior al 33% de la plantilla (art. 77.1 ET).

Es importante advertir que la convocatoria está sujeta al cumplimiento de ciertas formalidades (art. 79 ET):

- debe expresarse el orden del día;
- debe comunicarse al empresario, como mínimo, con 48 horas de antelación, debiendo éste acusar recibo.

El incumplimiento de estos requisitos convierte a la asamblea en ilegal y permite al empresario oponerse a su celebración si está previsto que se desarrolle en el centro de trabajo u otro lugar facilitado por él.

La asamblea debe estar presidida por los delegados de personal o por el comité de empresa. Esta presidencia comunicará al empresario, en tiempo y forma, la convocatoria y el nombre de las personas ajenas a la empresa que tengan previsto que asistirán.

Lectura complementaria

Limón Luque (1996). *Derecho de reunión y relaciones laborales*. Madrid: CES.

La asamblea se reúne en el mismo centro de trabajo y, a menos que haya un pacto con el empresario, se llevará a cabo fuera de las horas de trabajo. El empresario deberá facilitar el local de la empresa o centro de trabajo donde tenga que efectuarse la reunión, y sólo podrá negarse si (art. 78 ET):

- se ha incumplido, como se ha indicado, las disposiciones formales previstas en la ley;
- no han transcurrido más de dos meses desde la última reunión celebrada (en este sentido, no computan las reuniones informativas sobre convenios colectivos);
- no haber resarcido los daños producidos en alteraciones ocurridas en alguna reunión anterior;
- cierre legal de la empresa.

Cuando se someta a la asamblea un acuerdo que afecte a la totalidad de la plantilla de trabajadores, se requerirá el voto favorable personal, libre, directo y secreto, incluyendo el voto por correo, de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo (art. 80 ET).

3.4. El comité de empresa europeo

El mercado único está dando lugar a un complejo y creciente proceso de concentraciones de empresas, fusiones transfronterizas, absorciones, asociaciones, *joint-ventures*, uniones temporales, etc.; lo que provoca, entre otros efectos, una transnacionalización de las empresas y grupos de empresas. En este contexto, se han evidenciado las insuficiencias de los mecanismos tradicionales de participación de los trabajadores en el ámbito nacional, pues, precisamente por su alcance exclusivamente nacional, son inadecuados para abordar los procesos de toma de decisiones en el nivel central de las empresas o grupos.

La Directiva 94/45/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o al establecimiento de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, ha tratado de dar respuesta a este fenómeno; y ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 10/1997, 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Lectura recomendada

Gómez Gordillo (2003). *El comité de empresa europeo*. Madrid: CES.

Directiva 94/45/CE

Trata de desarrollar el artículo 17 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores: "la información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prác-ticas vigentes en los diferentes Estados miembros y que ello es especialmente aplicable en aquellas empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros".

No obstante, conviene tener en cuenta que esta regulación deberá adaptarse al contenido de la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas comunitarias, que moderniza la regulación de esta materia.

La Ley 10/1997 prevé la posibilidad de que alternativamente se constituya un **comité de empresa europeo**, o bien se articule un **procedimiento de información y consulta a los trabajadores**.

A los efectos de delimitar su ámbito de aplicación el artículo 3 Ley 10/1997 fija algunas definiciones relevantes:

- **Empresa de dimensión comunitaria**: aquella donde concurran las siguientes condiciones: a) que emplee 1.000 trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros, y b) que emplee, al menos, en dos Estados miembros diferentes, a 150 trabajadores o más en cada uno de ellos.

- **Grupo de empresas**: el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas. Según el artículo 4 Ley 10/1997, se entiende que una empresa "ejerce el control" si puede ejercer una influencia dominante sobre otra (que se denomina "empresa controlada") por motivos de propiedad, participación financiera, estatutos sociales u otros.
  Se presume, salvo prueba en contrario, que una empresa puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando dicha empresa, directa o indirectamente: a) posea la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) posea la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las acciones emitidas por la empresa; c) tenga la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa.

- **Grupo de empresas de dimensión comunitaria**: aquel donde concurran las siguientes condiciones: a) que emplee a 1.000 trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros; b) que comprenda, al menos, dos empresas del grupo en Estados miembros diferentes; c) que, al menos, una empresa del grupo emplee a 150 trabajadores o más en un Estado miembro y que, al menos, otra de las empresas del grupo emplee a 150 trabajadores o más en otro Estado miembro.

La constitución de un comité de empresa europeo (1) o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta (2) es el resultado de las negociaciones entre los trabajadores (representados por la comisión negociadora) y la organización empresarial (dirección central) –arts. 8 a 10 Ley 10 /1997.

1) En el caso de que se opte por la **constitución de un comité de empresa europeo**, éste estará compuesto por trabajadores de la empresa o grupo, elegidos o designados por los representantes de los trabajadores o entre los mismos y, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 17 Ley 10/1997).

Inicio del procedimiento

El procedimiento para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta se iniciará por la dirección central, a petición escrita de un mínimo de 100 trabajadores, o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo o empresas de la empresa o grupo, situados en Estados miembros diferentes (art. 7 Ley 10/1997).

Las **competencias** más relevantes del comité de empresa europeo son las siguientes (art. 18 Ley 10/1997):

- Tiene derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o, al menos, a dos centros de trabajo o empresas del grupo situados en Estados miembros diferentes.
- Tiene derecho a mantener al menos una reunión anual con la dirección central, en la que por lo menos deben tratarse los cuestiones relacionadas con la estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, centros de trabajo o partes importantes de éstos, y los despidos colectivos.
- Debe ser informado, con la debida antelación, de aquellas circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, especialmente en los casos de traslados de empresas, de cierres de centros de trabajo o empresas o de despidos colectivos.

2) En el caso de que se **establezca uno o más procedimientos de información y consulta** a los trabajadores sobre cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a sus intereses, el acuerdo entre la comisión negociadora y la dirección central deberá "prever las modalidades con las que los representantes de los trabajadores tendrán derecho a reunirse para deliberar acerca de la información que les sea comunicada" (art. 12.2 Ley 10/1997).

En cuanto a las **garantías** para el ejercicio de este mandato representativo, el artículo 21.1 de la Ley 10/1997 prevé que los miembros de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo y los representantes de los trabajadores, en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta, gozan, en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y de garantías similares a las previstas para los representantes de los trabajadores en el ámbito nacional.

Además, cuando sea necesario para el ejercicio de su función representativa en un entorno internacional, los miembros de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo recibirán formación sin pérdida de salario (art. 10.4 Directiva 2009/38/CE). Los representantes de la comisión negociadora o del comité de empresa europeo elegidos por centros de trabajo y empresas situados en España gozan de las garantías previstas en el artículo 68 ET, con las particularidades siguientes (art. 28 Ley 10/1997):

- gozan de un crédito adicional de 60 horas anuales retribuidas;
- tienen derecho a los permisos retribuidos necesarios para la asistencia a las reuniones que se celebren.

Finalmente, estos representantes no están autorizados a revelar a terceros aquella información que les haya sido expresamente comunicada a título confidencial. Esta obligación de confidencialidad subsistirá incluso tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar donde se encuentren (art. 22 Ley 10/1997).

3.5. Otros canales de representación de los trabajadores

En paralelo a los mecanismos de participación sindical y unitaria, los trabajadores pueden identificarse con otras manifestaciones de participación en el seno de la empresa.

3.5.1. Participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), regula el deber empresarial de protección al trabajador frente a los riesgos laborales.

La Constitución establece que "los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo" (art. 40.2); "que todos tienen derecho a la protección de la salud" (art. 15); "se reconoce el derecho a la protección de la salud" (art. 43.1), y "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública con las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios" (art. 43.2).

Art. 4.2.d) ET

Reconoce a los trabajadores el derecho "a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene".

La LPRL obliga al empresario a la protección eficaz del trabajador para garantizar su seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias (art. 14.1 y 2).

De las diversas obligaciones que se derivan de este mandato, destaca la obligación de dar participación a los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (art. 34 LPRL). Esta participación debe canalizarse por medio de los representantes genéricos de los trabajadores (comité de empresa, delegados de personal y delegados sindicales) y de la representación especializada.

En virtud del artículo 34.2 de la LPRL, en materia de prevención de riesgos laborales, los **representantes genéricos** ostentan las facultades atribuidas por el ET y la LOLS (esto es, arts. 64.1 y 87 ET y 8.2.b y 10.3 LOLS).

En cuanto a los **representantes especializados**, la LPRL distingue entre delegados de prevención (arts. 35 a 37) y comité de seguridad y salud (arts. 38 y 39).

Delegados de prevención

Son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos (art. 35.1 LPRL); son elegidos por los representantes unitarios de los trabajadores y entre los mismos (art. 35.2 LPRL).

La negociación colectiva puede establecer otros mecanismos de elección de los delegados de prevención, siempre que la facultad de designación corresponda a los representantes del personal o a los propios trabajadores (art. 35.4 LPRL); y también puede atribuir las competencias de los delegados de prevención a órganos específicos creados en el propio convenio (art. 35.4.2 LPRL).

Delegados de prevención

El número de delegados de prevención varía en función de la dimensión de la plantilla (ved art. 35.2 LPRL). En caso de que no existan representantes unitarios (empresas con menos de seis trabajadores) no habrá delegados de prevención. Y sus competencias, facultades, garantías y crédito de horas están descritas en los artículos 36.1 y 2 y 37.1 de la LPRL.

Finalmente, es importante tener en cuenta que el empresario tiene la obligación de proporcionar a los delegados de prevención los medios y la formación en materia preventiva necesarios para el ejercicio de sus funciones (art. 37.2 LPRL).

Comité de seguridad y salud

La creación del comité de seguridad y salud (en adelante, CSS) es obligatoria en todas las empresas y centros de trabajo de 50 o más trabajadores, como "órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales" (art. 38.1 LPRL).

Comité de seguridad y salud

Las competencias y facultades del comité de seguridad y salud están descritas en el artículo 39.1 de la LRPL.

La composición del CSS es paritaria: debe estar formado por un número igual de delegados de prevención y de representantes empresariales (art. 38.2.2. LPRL).

3.5.2. La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea

La promulgación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas, supone la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. La aprobación del Estatuto de la sociedad anónima europea (SAE) plantea la necesidad de articular mecanismos que permitan la implicación de los trabajadores en las cuestiones y decisiones de las mismas.

El régimen jurídico de la sociedad anónima europea (en adelante, SAE) fue aprobado por el Reglamento 2157/2001/CE del Consejo, 8 de octubre del 2001 (en adelante, RSAE), que comportó la modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA), con la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.

La configuración del derecho a la "implicación de los trabajadores" en la SAE, según la Ley 31/2006, se ha hecho de un modo extraordinariamente amplio. A grandes rasgos, se distingue entre dos modelos de participación: la interna y la externa. En la primera, la presencia de los trabajadores tiene lugar en un órgano de gobierno de la empresa, mientras que en la participación externa,

los derechos de información, consulta o decisión y las diversas formas de control se atribuyen a un órgano colectivo de los trabajadores que ostenta la representación de todo el personal y/o a asociaciones sindicales.

Expresión "implicación de los trabajadores"

La expresión "implicación de los trabajadores" debe entenderse como "la información, la consulta, la participación y cualquier otro mecanismo mediante el que los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en las empresas" (art. 2.i Ley 31/2006).

Las sociedades y la comisión negociadora de representantes de trabajadores son los encargados de decidir "la forma concreta" de implicación, lo que afectará a la estructura de la SAE: junto a la existencia de una junta general de accionistas, puede optarse entre un sistema de administración monista, o bien dual, que se ha de constar en sus estatutos (arts. 38 RSAE y 327 LSA).

En caso de optarse por un sistema de administración monista, se aplica a su órgano de administración lo establecido en la LSA para los administradores de sociedades anónimas, en cuanto no contradiga a lo dispuesto en el RSAE y a la ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas (art. 328 LSA). En caso de optarse por un sistema de administración dual, existirá una dirección y un consejo de control (arts. 39 y ss. RSAE y 329 LSA).

La elección por el modo concreto de implicación es el resultado de un procedimiento de negociación, que se plasma en el "acuerdo de implicación", que forma parte del proyecto de constitución de una SAE, y sin el que no puede registrarse (art. 12 RSAE). Y el artículo 5 de la Ley 31/2006 exige que el "procedimiento de negociación para la determinación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SAE se iniciará a partir del momento en que los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes hayan establecido el proyecto de constitución de la SAE". Debe realizarse con los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SAE.

4. El conflicto colectivo

4.1. El conflicto colectivo: definición y tipología

El conflicto de trabajo, genéricamente, puede definirse como "toda discusión o controversia manifestada externamente entre empresarios y trabajadores en cuanto a las condiciones de trabajo" (Alonso Olea y Casas Baamonde, 2003, p. 1011).

La Constitución española reconoce el derecho a que los sujetos de las relaciones de trabajo, empresarios y trabajadores, adopten medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). En términos similares, la LOLS también reconoce este derecho a las organizaciones sindicales como manifestación específica del derecho de actividad sindical (art. 2.2.d).

Repárese que se trata de un derecho incardinado en la sección II del capítulo II del título I de la Constitución ("Derechos y deberes de los ciudadanos" –arts. 30 a 38). Lo que quiere decir que tiene un nivel de protección inferior, por ejemplo, al que la Constitución dispensa a la huelga o a la libertad sindical (art. 28 CE).

Al referirnos a conflictos de trabajo debe establecerse las siguientes distinciones conceptuales:

- conflicto colectivo/conflicto individual,
- conflicto jurídico o de aplicación/conflicto económico o de intereses.

4.1.1. Conflicto colectivo/conflicto individual

El **conflicto individual** enfrenta al empresario individual y al trabajador individual, y versa sobre intereses singulares.

El **conflicto colectivo** enfrenta a uno o varios empresarios con una pluralidad de trabajadores. No obstante, su verdadero elemento definidor no es la colectividad de trabajadores (su número), sino el objeto de la controversia. Esto es, que la discusión verse sobre "intereses generales de un grupo genérico de trabajadores" (art. 151.1 LPL).

Distinción

En la práctica, la distinción entre conflicto individual o plural y colectivo es borrosa, ya que se plantean numerosos problemas aplicativos.

De un modo similar, el artículo 17.1 del RDLRT define el conflicto colectivo como "situaciones conflictivas que afecten a intereses generales de los trabajadores".

De tal modo que, si el conflicto no gravita sobre este elemento cualitativo, "intereses colectivos", se está en presencia de un conflicto plural (una yuxtaposición de conflictos individuales). Asumiendo estas categorías conceptuales, puede darse el caso de que un conflicto planteado por un solo trabajador tenga una dimensión colectiva.

4.1.2. Conflicto jurídico o de aplicación/conflicto económico o de intereses

El **conflicto colectivo jurídico o de aplicación** es el que versa sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo o cualquiera que sea su eficacia y decisión y práctica de la empresa (art. 151.1 LPL). Por consiguiente, presupone la existencia de una norma, sin que ninguna de las partes ponga en duda su validez.

Según el artículo 25 RDLRT, puede definirse como:

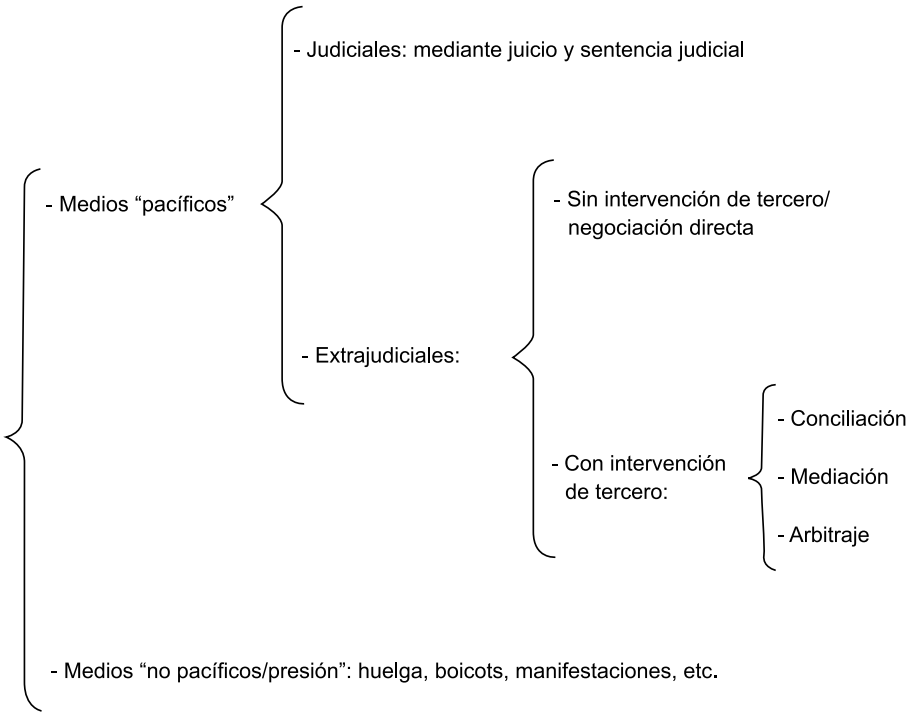
"discrepancias relativas a la interpretación de una norma preexistente, estatal o convenida colectivamente", y según el artículo 151.1 LPL, como "aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia y decisión o práctica de empresa".

El **conflicto colectivo económico o de intereses** se presenta en los supuestos en los que una de las partes pretende que se modifique o derogue la norma convencional existente, o que se introduzca una nueva. Por consiguiente, la solución a este tipo de conflicto, a diferencia del jurídico, no radica en el propio derecho estricto o positivo, por lo que se debe acudir a otro tipo de consideración no estrictamente jurídica. Mientras que el conflicto jurídico o de aplicación puede ser individual o colectivo; en cambio, el conflicto económico o de intereses siempre es colectivo.

4.2. Procedimientos de solución de conflictos

Ante la presencia de un conflicto colectivo, generalmente, pueden arbitrarse varios posibles canales para solventarlo.

Medios para solucionar un conflicto colectivo



- En el **arbitraje** interviene un tercero –árbitro– con el objeto de solucionar el conflicto por medio de un laudo cuyo cumplimiento es obligatorio.
- En la **mediación**, el tercero –mediador– ofrece soluciones opcionales a las partes, que son las que acaban eligiendo la que consideran más conveniente.
- En la **conciliación** interviene un tercero –conciliador– con el objeto de facilitar el diálogo entre las partes y así facilitar la avenencia.

4.2.1. Procedimiento judicial de solución de conflictos colectivos

La solución judicial de los conflictos colectivos está prevista para aquellas controversias que afectan a un grupo genérico de trabajadores y que gravitan sobre la interpretación o aplicación de una norma estatal, de un convenio colectivo con independencia de su eficacia, o bien de una decisión o práctica de empresa (art. 151.1 Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL).

Por consiguiente, la solución de un conflicto colectivo de intereses o económico no puede canalizarse por medio de este procedimiento judicial.

La modalidad procesal de conflicto colectivo está regulada en la LPL (arts. 151 a 160).

Solución judicial de conflictos colectivos

El procedimiento judicial de conflicto colectivo no puede resolver los conflictos de intereses o económicos.

Por **parte de los trabajadores**, están legitimados para promover procesos de conflicto colectivo:

1) Si se trata de un conflicto de empresa o de ámbito inferior, los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores en la empresa (art. 152.c LPL). También están legitimados los sindicatos, siempre que su ámbito de actuación se corresponda con el del conflicto o que sea más amplio (art. 152.a LPL).

Según las SSTC 70/1982 y 37/1983, la regla de correspondencia con el ámbito del conflicto debe entenderse en el sentido de que es preciso que el sindicato tenga notoria implantación en el centro de trabajo o en el marco general al que se refiere el conflicto.

2) Si se trata de un conflicto que afecta a un ámbito superior al de la empresa, la representación unitaria y sindical queda excluida; con lo que se atribuye la legitimidad a los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda con el del conflicto o sea más amplio que éste.

Por **parte de los empresarios**, están legitimados para instar un conflicto colectivo:

1) Si se trata de un conflicto de empresa o de ámbito inferior, el empresario (art. 152.c LPL).

2) Si afecta a un ámbito superior al de la empresa sólo puede promoverlo las organizaciones empresariales que tengan un ámbito de actuación igual o superior al del conflicto (art. 152.b LPL).

Además, aunque no hayan promovido el proceso, pueden personarse como partes (art. 153 LPL):

- los sindicatos que, según la LOLS, tienen la consideración de más representativos;
- las asociaciones empresariales que, según el Estatuto de los trabajadores, detenten esta representatividad;
- los órganos de representación unitaria o sindical, con el único requisito de que su ámbito de actuación se corresponda con el del conflicto o sea más amplio que éste.

En cuanto a la tramitación, con carácter previo a la presentación de la demanda, es preciso que se agote el intento de conciliación por medio de alguna de las diversas modalidades previstas (art. 154 LPL):

a) Procedimiento de avenencia conforme a lo previsto en el RDLRT (ved a continuación).

b) Si no se ha seguido este cauce, se habilitan dos opciones:

- conciliación ante el servicio administrativo correspondiente del Ministerio de Trabajo o de la comunidad autónoma, según las competencias que tengan asumidas;
- conciliación ante los órganos establecidos en acuerdos interprofesionales o en convenios colectivos (ved a continuación).

Es importante advertir que lo acordado en conciliación tendrá la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos, atendiendo a su legitimidad (art. 154.2 LPL).

En cuanto a la demanda (art. 155 LPL), ésta debe hacer referencia a los trabajadores y a las empresas afectadas por el conflicto, así como una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada. Además, debe acompañarse una certificación que acredite que se ha intentado la conciliación.

El proceso tiene el carácter de urgente y preferente (art. 157 LPL). Y finalizado éste, la sentencia puede limitarse a establecer la interpretación correcta de la norma y a declarar el derecho que, en consecuencia, tiene cada una de las partes (sentencia declarativa); o bien, menos frecuente, puede establecer una condena (sentencia condenatoria) –SSTC 92/1988 y 178/1996.

La conciliación puede efectuarse incluso una vez iniciado el procedimiento y antes de que se dicte sentencia. En tal caso, una vez que las partes comuniquen al órgano jurisdiccional que ha quedado solventado el conflicto, se procede al archivo de las actuaciones (art. 160 LPL).

4.2.2. Procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos

Procedimiento administrativo de conflicto colectivo

La solución de los conflictos colectivos puede tener lugar ante la Administración laboral por medio del procedimiento previsto en el RDLRT (art. 17.1).

El organismo competente capacitado para resolver este tipo de conflictos varía atendiendo al ámbito del conflicto (provincial, autonómico o estatal). Hay que tener en cuenta las competencias que tengan asumidas las comunidades autónomas.

La utilización de este instrumento de solución de conflictos, en la práctica, no es muy frecuente, pues normalmente se tiende a acudir a la solución judicial, o bien a los procedimientos extrajudiciales establecidos, como se verá, en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos.

La posibilidad de acudir al procedimiento previsto en el RDLRT está condicionada al cumplimiento de dos reglas fundamentales:

1) Cuando los trabajadores utilicen este procedimiento no pueden ejercer el derecho de huelga (art. 17.2 RDLRT). Se permite, en cambio, que, declarada una huelga, los trabajadores desistan de la misma y acudan a este procedimiento (art. 17.3 RDLRT).

Si el procedimiento es iniciado por el empresario y los trabajadores acuden a la huelga, éste quedará suspendido y se archivarán las actuaciones (art. 18.2 RDLRT).

2) No puede plantearse un conflicto colectivo de trabajo para modificar lo pactado en convenio colectivo o lo establecido en un laudo (art. 20 RDLRT).

En lo relativo al **procedimiento**, conviene apuntar lo siguiente:

1) Legitimación para la iniciación:

El trámite puede ser iniciado (art. 18.1 RDLRT) por los representantes de los trabajadores (unitarios o sindicales –STC 70/1982) que tengan implantación en el ámbito del conflicto (STC 59/1983), o bien a instancia de sus representados.

También puede ser iniciado por el empresario o sus representantes legales, según el ámbito del conflicto.

2) Formalización y procedimiento:

El planteamiento del conflicto colectivo debe formalizarse por escrito, firmado y fechado. Hay que identificar a las personas que lo planteen y determinar los trabajadores y empresarios afectados. Por otra parte, debe hacerse mención de los hechos sobre los que verse el conflicto, las peticiones concretas que se formulen y demás datos que procedan (art. 21 RDLRT).

Una vez planteado el conflicto, la autoridad laboral competente debe citar a las partes para tratar la avenencia, o bien para que designen voluntariamente a un árbitro (art. 24 RDLRT).

Para que pueda alcanzarse un acuerdo, se exige la mayoría simple de cada una de las representaciones. En tal caso, se pone fin al conflicto y el acuerdo adquiere el mismo valor jurídico que un convenio colectivo (art. 24 RDLRT).

Si no se alcanza un acuerdo, la autoridad laboral procederá del siguiente modo (art. 25 RDLRT):

a) Si se trata de un conflicto de aplicación o interpretación, debe remitir las actuaciones practicadas al órgano judicial competente (Juzgado de lo Social o Audiencia Nacional), para que resuelva el conflicto conforme al procedimiento descrito en los artículos 151 y siguientes de la LPL.

b) Si se trata de un conflicto de intereses o económico, pese a que los artículos 25 y 26 RDLRT preveían un arbitraje obligatorio, la STC 11/1981 lo declaró inconstitucional, de modo que la autoridad laboral debe dar por finalizado el procedimiento y archivar las actuaciones.

c) Teniendo en cuenta que el conflicto aún permanece abierto, cabe la posibilidad de que se intente su solución con una mediación o arbitraje voluntario. También es posible que se acuda a una huelga.

Otros procedimientos de solución de conflictos colectivos previstos en la legislación laboral

La legislación laboral prevé en varias disposiciones la posibilidad de celebrar actos de conciliación y mediación para solventar los conflictos colectivos que puedan surgir:

a) El artículo 89.4 del ET prevé la posibilidad de que las partes negociadoras de un convenio colectivo acuerden la intervención de un mediador en cualquier momento de las deliberaciones.

b) El artículo 6 del Decreto Ley 5/1979, 23 de noviembre, de asunción de funciones por el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC), prevé la posibilidad de que los trabajadores y empresarios soliciten del IMAC la designación de un mediador imparcial en cualquier momento de una negociación o de una controversia colectiva.

c) El artículo 10.1 del RDLRT prevé la posibilidad de que el Gobierno imponga la celebración de un arbitraje obligatorio como un medio para poner fin a una huelga, "teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la misma, las posiciones de las partes y el perjuicio grave a la economía nacional".

Procedimientos de solución de conflictos establecidos por acuerdos interprofesionales o convenios colectivos

La previsión de un mecanismo de solución de conflictos puede estar contenida en un convenio colectivo. De hecho, es frecuente que se prevean instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje.

A su vez, también cabe la posibilidad de que sean los convenios con un ámbito de aplicación mayor (convenios marco o acuerdos interconfederales) los que establezcan instrumentos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de interpretación o aplicación (art. 91 ET).

En la actualidad, existe un Acuerdo estatal de solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC IV), de 24 de febrero del 2009, firmado entre los interlocutores sociales –patronal (CEOE y CEPYME) y sindicatos (UGT y CCOO); acuerdo acompañado de la Resolución de 21 de abril del 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el acuerdo tripartito en materia de solución extrajudicial y conflictos laborales. En su virtud, el Gobierno adquiere el compromiso de apoyar las funciones y cometidos del ASEC IV y, por ello, se compromete a adoptar las medidas presupuestarias y técnicas necesarias para facilitar su consecución.

Ante este servicio de mediación y arbitraje, puede plantearse la conciliación de conflictos jurídicos que excedan el ámbito de una comunidad autónoma, y siempre que las partes legitimadas para negociar en un sector o subsector determinados de actividad hayan suscrito un instrumento de ratificación del ASEC.

En concreto, son susceptibles de someterse al procedimiento descrito en el ASEC IV los siguientes conflictos (art. 4.1):

a) los conflictos colectivos de interpretación y aplicación;

b) los conflictos surgidos durante la negociación de un convenio colectivo u otro acuerdo o pacto colectivo que conlleven el bloqueo de la negociación;

c) los conflictos que den lugar a la convocatoria de una huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga;

d) los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47 y 51 ET;

e) las controversias colectivas que surjan con ocasión de la aplicación e interpretación de un convenio colectivo a causa de la existencia de diferencias sustanciales que conlleven el bloqueo en la adopción del correspondiente acuerdo en la comisión paritaria.

En cambio, quedan fuera del ámbito del ASEC IV (art. 1.2):

a) los conflictos que versen sobre seguridad social;

b) los conflictos en que sea parte el Estado, comunidades autónomas, entidades locales u organismos autónomos dependientes de los mismos, a que se refiere el artículo 69 de la LPL.

En el ámbito autonómico, también se prevén mecanismos de solución de conflictos. Por ejemplo:

- en Cataluña se ha constituido el Tribunal Laboral de Catalunya (DOGC 17 de octubre del 2005);
- en Aragón, está vigente el III Acuerdo sobre la solución extrajudicial de conflictos laborales de Aragón (BOA 9 de enero del 2006);
- en Andalucía, está vigente el Sistema extrajudicial de resolución de conflictos laborales en Andalucía (BOJA 8 de abril del 2005);
- en la Comunidad Valenciana, está vigente el III Acuerdo de solución extrajudicial de conflictos laborales de la Comunidad Valenciana (DOCV 23 de agosto del 2001).

5. La huelga

El conflicto colectivo puede exteriorizarse de un modo "pacífico", como hemos analizado, o bien de un modo "no pacífico". Y la huelga es su manifestación paradigmática.

La Constitución reconoce en su artículo 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarla en lugar preferente, el artículo 28; le confiere, así, una mayor consistencia, que se refleja en el mayor rango exigible para la ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo (arts. 53, 81 y 161 CE) –STC 123/1992.

La relación entre los artículos 28.2 y 37.2 CE es la siguiente (STC 11/1981): "a) el artículo 37 les faculta para otras medidas de conflicto distintas de la huelga, de manera que la huelga no es la única medida de conflicto; b) el artículo 28 no liga necesariamente la huelga con el conflicto colectivo. Es verdad que toda huelga se encuentra estrechamente unida a un conflicto colectivo, pero en la configuración del artículo 28, la huelga no es un derecho derivado del conflicto colectivo, sino que es un derecho de carácter autónomo".

5.1. Definición

En el ordenamiento jurídico español no hay una definición legal del concepto de huelga.

La huelga, en su conceptuación tradicional, podría definirse como "la cesación temporal del trabajo decidida por la colectividad de trabajadores con abandono del centro de trabajo, con motivo de un conflicto y con el fin de presionar en la defensa de sus intereses".

Sin embargo, en la actualidad, este concepto también podría extenderse a cualquier perturbación concertada colectivamente del proceso de producción, como por ejemplo, las "huelgas de trabajo lento" o las "huelgas rotatorias" –en las que, respectivamente, no se produce ni una cesación en el trabajo ni un abandono del centro de trabajo (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, p. 416).

"La huelga (que, como hecho, consiste en la cesación o paro en el trabajo) es un derecho subjetivo del trabajador, que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del estado social y democrático de derecho. 'Entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes', como instrumento de presión constitucionalmente reconocido, 'que la experiencia secular ha mostrado que es

necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos; conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales'" (STC 123/1992).

"No hay verdadera concordia que no descanse sobre el reconocimiento de los conflictos. El derecho de huelga es la expresión más acabada y más paradójica de este viejo saber para los juristas. Instrumento de conversión de las relaciones de fuerza en relaciones de derecho, capaz de hacer surgir de una injusticia un poco más de justicia, el derecho de huelga es incompatible con la normalización gestionaria del mundo".

Alain Supiot en "Nota preliminar a Marzal Fuentes" (2005, p. 12)

5.2. Evolución histórica

Ante el fenómeno de la huelga, el Estado, en hipótesis, puede adoptar alguna de las acciones siguientes:

- calificarla como un delito, con lo que se derivará para el trabajador una sanción penal y el despido o una sanción disciplinaria;
- calificarla como una libertad, de modo que el ejercicio de la huelga comporte únicamente consecuencias contractuales (despido o una sanción disciplinaria);
- calificarla como un derecho, de modo que su ejercicio no sólo no comporta una sanción penal y el despido o una sanción disciplinaria, sino que, además, se erige en una válida causa de suspensión de la relación de trabajo.

De hecho, de un modo similar al reconocimiento de la libertad sindical, ésta categorización describe los diversos estadios de la evolución del reconocimiento derecho de huelga en un número considerable de países.

De todos modos, no son estadios excluyentes, pues en la práctica algunos estados han mantenido simultáneamente algunos de ellos, previendo diversas respuestas jurídicas en función de las circunstancias en las que se desarrolla.

La evolución histórica del derecho de huelga en el derecho español puede sintetizarse del siguiente modo:

1) En una primera etapa, de un modo similar al Código penal francés, el artículo 556 del Código penal de 1870 declaraba que "los que se coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones serán castigados, siempre que la coligación hubiere comenzado a ejecutarse, con la pena de arresto mayor. Esta pena se impondrá en su grado máximo a los jefes y promovedores de la coligación y a los que para asegurar su éxito emplearen violencias o amenazas, a no ser que por ellas merecieren mayor pena".

Huelga de la Canadiense (1919)

El despido de ocho trabajadores en una empresa eléctrica (con capital mayoritario canadiense) dio lugar en Barcelona a una huelga general de solidaridad que se prolongó durante 44 días.

2) Posteriormente, la Ley de Huelga de 27 de abril 1909 reconoció el derecho de huelga por motivos profesionales, al establecer plazos de preaviso y sanciones para los infractores y garantizar la libertad de trabajo de los no coaligados.

3) El Real decreto ley 5/1975 puso fin a la prohibición de la huelga que perduraba desde 1936.

Durante el franquismo, la huelga queda tipificada penalmente y se sanciona en la legislación de orden público. La Declaración XI.2 del Fuero del Trabajo la prohíbe al afirmar que "los actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella serán considerados como delitos de lesa patria". En definitiva, se trata de una derivación de la concepción de superación de la lucha de clases, conforme a la visión joseantoniana de la 'tensión de las clases en un único destino'". (Durán López, 1977, p. 49). Los artículos 44 y 45 de la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941 (BOE 11 de abril), no sólo prohíbe tales actos, sino que los califica como delitos, sancionándolos por su simple realización, y llega a tipificar ciertos actos de este tipo penalmente (*ex* art. 222 Código penal 1944).

4) El derecho de huelga quedó consagrado con el RDLRT (1977) y constitucionalmente reconocido en el artículo 28.2 de la CE.

5.3. Régimen jurídico del derecho de huelga

"Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad" (art. 28.2 CE).

La particularidad del modelo español es que el régimen jurídico del derecho a la huelga está previsto en una norma preconstitucional: el RDLRT; disposición cuyos preceptos, tras ser sometidos a un análisis de constitucionalidad, **debe complementarse** con la **STC 11/1981**. Se trata de un pronunciamiento trascendental, pues son varios los preceptos del RDLRT que quedan derogados y otros muchos son objeto de reinterpretación a fin de adecuarse al marco constitucional.

STC 123/1990

La constitución otorga primacía al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad sobre el derecho a la huelga.

En este contexto, el régimen jurídico vigente resulta a todas luces inadecuado.

"Son claras las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el artículo 28.2 CE, lo que origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego" (STC 123/1990).

Aunque son múltiples las voces que vienen insistiendo acerca de la necesidad de disponer de un régimen jurídico más depurado, lo cierto es que hasta la fecha no ha sido posible; de modo que las importantes lagunas legislativas que permanecen en el RDLRT quedan al albur de la interpretación de los tribunales.

Proyecto de Ley Orgánica de Huelga (1993)

En 1993, se presentó un proyecto de ley orgánica para regular el derecho a la huelga. No obstante, el proyecto quedó paralizado por la convocatoria de elecciones y la consiguiente disolución de Las Cortes.

"[...] el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa ley orgánica. [...] Puede decirse que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado real decreto ley, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de ley orgánica" (STC 11/1981).

5.3.1. Caracterización del derecho de huelga

Los trabajadores son titulares del derecho de huelga, aunque su ejercicio, en buena parte es colectivo. En concreto, es colectivo todo lo referido a la convocatoria, negociación y desconvocatoria de la huelga.

El TC señala concretamente:

"Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo, debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Por ello, se puede decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en las que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales" (STC 11/1981).

La titularidad individual comporta el derecho a adherirse a una huelga ya convocada, como el derecho a no hacerla o a abandonarla.

En este sentido, la STC 11/1981 afirma que "a cada uno de [los trabajadores] corresponde el derecho a sumarse o no a las huelgas declaradas".

Ámbito del derecho

El derecho de huelga se reconoce a los trabajadores "para la defensa de sus intereses" (art. 28.2 CE) y en el ámbito de las relaciones laborales (art. 1 RDLRT). Por consiguiente, el ámbito para su ejercicio ni es indeterminado ni queda a la discrecionalidad de los huelguistas.

Lo que, como se analizará con posterioridad, puede dar lugar a la declaración de huelgas ilícitas.

Delimitación del derecho - huelga sin ocupación de locales

El derecho de huelga legalmente amparado es aquel que consiste en "la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación de los mismos, del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias" (art. 7.1 RDLRT).

El TC ha mantenido una interpretación restrictiva del concepto "ocupación". Según la STC 11/1981, "por ocupación hay que entender un ilegal ingreso en los locales o una ilegal negativa de desalojo frente a una legítima orden de abandono, pero no, en cambio, la simple permanencia en los puestos de trabajo". Se admite, por tanto, la legalidad de las llamadas "huelgas de brazos caídos".

Huelga con ocupación de locales

El derecho de huelga no ampara un ilegal ingreso o una ilegal negativa al desalojo frente a una legítima orden de abandono.

No obstante, la ocupación es ilícita cuando con ella se vulnera el derecho de libertad de otras personas (por ejemplo, de los trabajadores no huelguistas) o el derecho sobre las instalaciones y los bienes. En todos los casos en que exista notorio peligro de violación de otros derechos o de producción de desórdenes, la interdicción de permanencia en los locales puede decretarse como medida de policía (STC 11/1981).

Ejemplo

La STS 20 de marzo 1991 (RJ 1884) estima que la permanencia de los trabajadores en los vestuarios celebrando reuniones "sin producir alteraciones ni desórdenes, ni obstaculizar el trabajo de quienes no secundaron la huelga" permite calificar la ocupación como un medio de publicidad pacífica de la huelga y debe declararse como legal. Ved también STS de 25 de julio de 1990 (RJ 6472).

La STS de 24 de mayo de 1983 (RJ 2411), en cambio, se declara ilegal la huelga con ocupación de centro de trabajo cuando "un número indeterminado de trabajadores que había entrado en la fábrica formaron una barricada en la puerta de entrada, con lo que se impidió la salida, a la llegada de tal hora, a las personas que trabajaron y a los directivos de la empresa o sociedad, y se desatendió el requerimiento policial para desalojar las dependencias". Ved también la STS 7 de marzo de 1985 (RJ 1292).

En todo caso, la prohibición de ocupación de locales o dependencias no debe entenderse como una regla que impida el derecho de reunión de los trabajadores, especialmente, porque se trata de un derecho necesario para el desarrollo del derecho de huelga y, sobre todo, para la solución de la misma. Por consiguiente, el derecho de reunión "debe quedar claramente preservado y su ejercicio llevarse a cabo de acuerdo con las correspondientes normas del ET" (STC 11/1981).

Piquetes informativos

Por otra parte, los trabajadores en huelga pueden efectuar publicidad de la misma de forma pacífica y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna (**piquetes**) –art. 6.6 RDLRT–; facultad limitada por la necesidad de respetar la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quieran sumarse a la huelga (art. 6.4 RDLRT).

Piquetes

Los trabajadores huelguistas tienen derecho a efectuar publicidad de la huelga siempre y cuando se haga de forma pacífica; se admite la persuasión, pero nunca la violencia.

"El derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 CE 'implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin' (STC 254/1988; y AATC 71/1992 y 17/1995), o, en otros términos, encaminadas a 'recabar la solidaridad de terceros' (STC 123/1983). En definitiva, el derecho de huelga incluye 'el derecho de difusión e información sobre la misma' (STC 332/1994) y se integra en el contenido esencial de dicho derecho de huelga el derecho a 'difundirla y a hacer publicidad de la misma' (ATC 158/1994). Como dice este último auto, con cita del [...] artículo 6.6 RDLRT, el 'requerimiento pacífico a seguir la huelga' forma parte del derecho que proclama el artículo 28.2 CE" (STC 37/1998).

Es importante tener en cuenta que el comportamiento ilícito de los piquetes no comporta la declaración de ilicitud de la huelga, pues no puede responsabilizarse a los huelguistas de tales comportamientos (STC 254/1988). Así pues, un piquete violento organizado por el sindicato convocante de la huelga llevará al despido de los miembros del piquete, a la indemnización de daños y perjuicios por el sindicato e incluso al arresto de los integrantes de dicho piquete, pero la huelga en la que todo esto haya ocurrido podrá mantener su calificación de lícita.

Disponibilidad del derecho de huelga y el deber de paz

El derecho de huelga es un derecho irrenunciable, de modo que cualquier pacto establecido en un contrato de trabajo consistente en la renuncia o cualquier otra restricción en su ejercicio debe calificarse como nula.

"Son nulos los pactos establecidos en contratos individuales de trabajo que contengan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga" (art. 2 RDLRT).

No obstante, cabe la posibilidad de que en un convenio colectivo se prevea una renuncia al derecho de huelga (arts. 2 y 8.1 RDLRT, art. 82 ET y STC 11/1981). En este sentido, conviene hacer una distinción entre el **deber de paz relativo** y el **deber de paz absoluto**:

1) El **deber de paz relativo** se deriva de la firma de un convenio colectivo. En efecto, durante su vigencia las partes se comprometen al respeto de su contenido, aceptando la imposibilidad de realizar cualquier reivindicación que trate de modificarlo; lo que se traduce en la prohibición de plantear huelgas cuya motivación sea modificar el contenido del convenio colectivo vigente (denominadas "huelgas novatorias"). Por tanto, es un compromiso implícito en cualquier convenio colectivo, por lo que no es preciso que se prevea de un modo expreso.

Conviene recordar que en el contenido de todo convenio colectivo debe distinguirse entre el **contenido normativo** y el **contenido obligacional**. Mientras que el primero se refiere a las condiciones laborales propiamente dichas (regulación del salario, clasificación profesional, régimen de ascensos, etc., el segundo se identifica con el deber de paz relativo. Expirada la vigencia pactada de un convenio, hay que recordar que, mientras que el contenido normativo permanece hasta que entra en vigor uno nuevo (lo que se conoce como **ultra actividad** del convenio colectivo), el obligacional decae. Lo que justifica la posibilidad de acudir a la huelga –por ejemplo, para presionar en la negociación del nuevo convenio.

Contenido normativa/obligacional

A diferencia de las cláusulas normativas, con la denuncia del convenio colectivo decaen las cláusulas obligatorias y, por lo tanto, el deber de paz.

El deber de paz relativo, no obstante, no impide que puedan plantearse huelgas durante la vigencia de un convenio colectivo "no novatorias". Aspecto que será analizado con más detalle en el apartado relativo a los supuestos de ilicitud de la huelga.

2) El **deber de paz absoluto**, en cambio, implica el compromiso de no plantear ningún tipo de huelga durante la vigencia de un convenio colectivo. No obstante, es un pacto que debe ser explícito. Normalmente, se alcanza a cambio de que el convenio colectivo contenga alguna mejora o compensación.

Según la STC 11/1981, este tipo de compromiso es constitucionalmente admisible en tanto que:

- no existe una auténtica renuncia, como acto definitivo e irrevocable;
- se trata, en cambio, de una abdicación temporal y transitoria del ejercicio del derecho y no del derecho en sí mismo;
- además, el compromiso adquirido tampoco se realiza gratuitamente, sino mediante compensación contenida en el convenio colectivo.

Siguiendo la interpretación de la STC 11/81, debe tenerse en cuenta que afectará a los sujetos firmantes del convenio y a los trabajadores afectados por el mismo. *A sensu contrario*, los sujetos no firmantes no quedan afectados por el deber de paz absoluto.

No obstante, conviene tener presente que la STC 189/1993 parece haber modificado la doctrina de la STC 11/81, pues viene a defender que este pacto, "al integrarse en el contenido obligacional del convenio colectivo, no tiene incidencia en el plano de las relaciones individuales encuadradas en el ámbito de aplicación del convenio". Es decir, no se aplica a los trabajadores individuales, sino sólo a los sujetos colectivos firmantes.

5.3.2. Tramitación del derecho de huelga: elementos formales

La realización de una huelga está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos de forma. Aspecto especialmente relevante, pues su incumplimiento puede motivar la declaración de ilegalidad de la misma.

"La huelga será ilegal cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente real decreto ley o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos" (art. 11.d) RDLRT).

Están facultados para declarar la huelga (art. 3.2 RDLRT, interpretado por la STC 11/1981):

- por decisión mayoritaria de los representantes de los trabajadores;
- directamente por los trabajadores afectados por el conflicto (el acuerdo debe ser adoptado en votación secreta y por mayoría simple);
- las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que la huelga se extienda.

Comunicación de la huelga

Tomada la decisión, es preciso que la huelga sea comunicada al empresario o empresarios afectados (art. 3.3.1.° RDLRT), sin que esto suponga que, cuando se trata de huelgas sectoriales, deba notificarse de forma individualizada a todos ellos (STC 11/1981); basta, en cambio, con que en estos casos se comunique a los representantes de los empresarios pertinentes y a la autoridad laboral, en función de cuál sea el ámbito territorial del conflicto (STC 13/1986).

Aunque el RDLRT exige el preaviso con cinco días naturales de antelación a su fecha de iniciación (art. 3.3.2.° RDLRT), en algunos supuestos se admite su incumplimiento si así lo impone una "notoria fuerza mayor o un estado de necesidad, que tendrán que probar quienes por tal razón no cumplieren su obligación previa" (STC 11/1981). En definitiva, las huelgas sorpresa, esto es, las no avisadas, no son, per se ilegales, sino que, "en ocasiones, pueden ser abusivas" (STC 11/1981).

Preaviso de huelga

El preaviso aspira a que "antes de que la huelga comience, deba darse a la otra parte la oportunidad de atender a las demandas de los huelguistas o establecer con ellos una transacción para evitar la huelga" (STC 11/1981).

Si la huelga afecta a empresas encargadas de servicios públicos, el preaviso deberá ser de diez días naturales. En tal caso, los representantes de los trabajadores están obligados a dar a la huelga la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio (art. 4 RDLRT). En concreto, la **comunicación** debe contener:

1) los objetivos de la huelga (de forma concreta y clara: STC 332/1994),
2) las gestiones para resolver las diferencias,
3) la fecha de inicio y de duración (para un período de tiempo fijo o con una duración inicialmente indefinida),
4) la composición del comité de huelga (art. 3.3.2.° RDLRT).

Comité de huelga

Las características del comité de huelga son las siguientes (art. 5 RDLRT y STC 11/1981):

1) debe estar constituido con antelación suficiente para que su composición pueda comunicarse debidamente en la declaración de la huelga;

2) debe estar compuesto por doce miembros elegidos entre las personas afectadas por el conflicto.

Lectura complementaria

Rentero Jover. *El comité de huelga en el derecho español del trabajo*. Madrid: CES.

Su cometido consiste en:

1) "participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto" (art. 5 RDLRT);

2) "garantizar, durante la huelga, la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinarias, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa" (art. 6.7 RDLRT).

Servicios de seguridad y mantenimiento y esquirolaje

En la medida en que los **servicios de seguridad** y **mantenimiento** constituyen una limitación al derecho de huelga, el artículo 6.7 del RDLRT, que los regula, debe interpretarse restrictivamente. Especialmente porque en función de su intensidad y del tipo de actividad de la empresa o proceso productivo pueden llegar a neutralizar el derecho de huelga. Así, cualquier extralimitación en su determinación constituiría una limitación ilegítima respecto al ejercicio de este derecho.

Servicios de mantenimiento y seguridad

La huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario; con lo que los trabajadores se colocan fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital (STC 11/1981).

> Son **servicios de mantenimiento** las tareas o funciones cuya *interrupción* durante la huelga pueda causar un claro y grave perjuicio a los elementos de la empresa o un deterioro material de éstos de imposible o muy costosa subsanación, o cualquier daño material irreparable, o, al menos, de notable gravedad, que afecte a la conservación o integridad de las instalaciones, mercancías, maquinarias o cuantos bienes, en suma, estén afectos a la actividad productiva.
>
> Son **servicios de seguridad** los referidos a aquellas medidas tendentes a evitar robos, daños o agresiones de cualquier tipo debidos a fenómenos fortuitos, actos de terceros o de los propios huelguistas, sobre las instalaciones de la empresa, sus maquinarias, materias primas, bienes o personas.

La determinación de quién debe designar los servicios necesarios no es una cuestión pacífica. Para un sector de la doctrina y de los tribunales es una decisión que puede tomar unilateralmente el empresario (SSTS 31 de marzo de 1982, RJ 1308; 8 de abril de 1983, RJ 1822). En cambio, para otro sector, debe adoptarse conjuntamente con el comité de huelga (STCT 5 de mayo de 1986).

La designación de los trabajadores concretos que deben realizar estos servicios no plantea dudas y debe ser efectuada de mutuo acuerdo entre el empresario y el comité de huelga (STC 11/1981).

No obstante, en el caso de que **no haya acuerdo**, lo razonable sería obtener una **solución extrajudicial**. Tanto el ASEC IV como los acuerdos autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos prevén mediaciones y arbitrajes para resolver este tipo de situaciones.

Y **si el desacuerdo persiste**, los tribunales han admitido que sea el empresario quien proceda a la designación unilateral de los servicios y de los trabajadores que han de prestarlos, sin perjuicio de la posterior revisión judicial de su decisión (SSTS 29 de noviembre de 1993, RJ 9084; 28 de mayo del 2003, RJ 4210).

La obligación del comité de huelga de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad es una obligación de medios y no de resultados.

- Si el comité de huelga incumple la obligación de garantizar esta prestación, el empresario está facultado para sancionar a todos los trabajadores en huelga y no sólo a los que hubiesen incumplido la obligación de prestar los servicios, pues la huelga será ilícita por abusiva (art. 16 RDLRT y STC 11/1981). Además, podrá exigirse una responsabilidad de daños y perjuicios a los miembros convocantes de la huelga.

- Si la prestación de los servicios de mantenimiento y de seguridad no se ha cumplido por la negativa del trabajador afectado o designado, la responsabilidad es estrictamente suya, y puede ser sancionado o, incluso, despedido:

En este último caso, el empresario está facultado para sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa en el momento de ser comunicada la huelga (**esquiroles externos**; art. 6.5 RDLRT). Fuera de estos casos, el esquirolaje externo no está permitido, pues con ello se quiere proteger la eficacia de la huelga.

Origen de la palabra "esquirol"

El origen de la palabra "esquirol", en el sentido de rompehuelgas, no viene precisamente del animal, sino del nombre popular que se da a un pueblo catalán, Santa Maria de Corcó, conocido también popularmente como "l'Esquirol".

El escritor Josep Pla, en su libro *Un señor de Barcelona*, donde cuenta las memorias de Rafael Puget, natural de Manlleu, da una versión de primera mano del origen de la palabra: "Manlleu ha desempeñado un gran papel en la historia de la lucha social catalana. Una de las primeras huelgas de Cataluña tuvo lugar en el pueblo, en la época de mi padre. Para sustituir a los huelguistas, los patrones hicieron lo posible para que entraran en las fábricas los obreros de los pueblos de los alrededores. Uno de los pueblos que dio mayor contingente fue l'Esquirol, como es llamado popularmente Santa Maria de Corcó. Estos obreros de l'Esquirol fueron llamados 'esquiroles', y esta palabra fue aceptada en la terminología social de todo el mundo para significar el fenómeno. Esto puede dar una idea de la impresión que en todas partes dio la solución a aquella huelga".

Aunque la norma no lo especifique, iría en contra de la finalidad del artículo 6.5 RDLRT la suplantación de los trabajadores huelguistas mediante contratas o subcontratas, la utilización de familiares o trabajadores benévolos.

No obstante, los tribunales han admitido el recurso a una contrata si es para sustituir a los trabajadores huelguistas que incumplen los servicios mínimos (STSJ Galicia 23 de julio del 2001, AS 1993).

En todo caso, el artículo 8 Ley 14/1994 de empresas de trabajo temporal prohíbe a las empresas usuarias celebrar contratos de puesta a disposición para sustituir a trabajadores en huelga.

El incumplimiento del empresario de esta prohibición puede ser sancionado con:

a) una infracción administrativa muy grave (art. 8.10 LISOS);

b) la posibilidad de obligar a la empresa a cesar en su conducta y a prescindir de los trabajadores contratados ilegalmente, por incurrir aquélla en un comportamiento antisindical (arts. 12, 13, 14 y 15 LOLS) y en un atentado al derecho fundamental de huelga (se puede exigir una compensación económica por los perjuicios causados con esta conducta; art. 180.1 LPL).

c) El artículo 315.1 y 2 del Código penal tipifica como delito la conducta consistente en impedir o limitar el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga "mediante engaño o abuso de situación de necesidad".

La posibilidad de cubrir la ausencia de los trabajadores huelguistas con trabajadores de la empresa no huelguistas –**esquirolaje interno**– se admite en determinados casos. En concreto, la sustitución de los huelguistas con trabajadores de otras categorías profesionales del mismo centro (al emplear la movilidad funcional o el *ius variandi*), constituye el ejercicio abusivo de un derecho que, en principio, corresponde al empresario desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo (STC 123/1992).

La doctrina judicial ha calificado como conducta antisindical la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la misma empresa pero de distinto centro de trabajo (STSJ Cataluña 10 de mayo de 1999, AS 6062), o áreas diferentes (STSJ Cataluña 16 de abril de 2002, AS 1847), o de otra empresa del mismo grupo empresarial (STS 27 de mayo del 2008, JUR 266973). Asimismo, se ha considerado lesivo del derecho de huelga los cambios de horario y jornada durante el paro para eludir sus consecuencias y la utilización el personal administrativo para realizar funciones de envasado que suplantan a los huelguistas (STSJ Cataluña 5 de julio del 2002, JUR 228912).

Servicios esenciales de la comunidad

El artículo 28.2 CE vincula el ejercicio del derecho de huelga a la necesidad de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (ver al respecto, STC 183/2006). Por consiguiente, el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección.

De modo que "el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto al derecho de huelga" (STC 11/1981).

El artículo 10.2 RDLRT establece que "cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas" (art. 10.2 RDLRT).

La noción de "servicio esencial" debe interpretarse restrictivamente, pues supone una restricción para el ejercicio del derecho de huelga (SSTC 51/1986; 53/1986, y 43/1990).

Servicios esenciales y servicios de seguridad y mantenimiento

El concepto "servicio esencial" es distinto al concepto de "servicios de seguridad y mantenimiento", pues no se refiere a la necesidad de que la actividad productiva pueda reanudarse al acabar la huelga, sino a que la actividad productiva continúe limitadamente durante la misma (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, p. 457).

En este sentido, conviene apuntar lo siguiente:

1) No hace referencia a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad; tampoco a la titularidad pública o privada del servicio, sino al "carácter del bien satisfecho" o de otro modo, "a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos". Por consiguiente, debe ponerse el acento en los bienes e intereses de la persona.

Tampoco debe centrarse el foco de atención en la actividad desempeñada, sino en los resultados producidos.

2) En consecuencia, a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí mismo, pueda ser considerado como esencial. Solo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, por lo que es necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma (por todas, STC 183/2006).

3) De modo que la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal (STC 183/2006).

Determinada la "esencialidad" de unos servicios, se colige la necesidad de que la autoridad gubernativa determine los "servicios mínimos" por medio de decretos u órdenes de servicios mínimos (art. 10.2 RDLRT).

Se trata, por tanto, de una **responsabilidad política**; por ello, aunque la negociación con los trabajadores (el comité de huelga, los sindicatos convocantes) es práctica aconsejable –y así lo entiende el comité de libertad sindical de la OIT–, la fijación negociada de los servicios mínimos "no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional" (STC 51/1986). De hecho, el comité de huelga no acostumbra participar en la determinación de estos servicios ni tampoco en la designación de los trabajadores adscritos a los mismos.

En la adopción de tales medidas, la autoridad gubernativa debe ponderar (STC 183/2006):

1)la extensión territorial y personal,
2) la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga,
3) las concretas necesidades del servicio,
4) la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute,
5) los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos.

> En este sentido, aunque las medidas han de encaminarse a garantizar mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios, dicho mantenimiento no puede significar que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal del servicio. De modo que el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables (STC 183/2006).

La decisión de la autoridad gubernativa ha de estar **adecuadamente motivada**. No sólo debe darse una especial justificación, sino que tal justificación se ha de exteriorizar adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las que su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales.

> Por tanto, la motivación no puede incluir indicaciones genéricas que pueden predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterio para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone.
>
> En cambio, debe especificar (STC 183/2006):
>
> - los motivos que le llevan a apreciar la esencialidad del servicio,
> - las características de la huelga convocada,
> - los intereses que pueden quedar afectados,
> - los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado,
> - los factores o criterios cuya ponderación han conducido a determinar las prestaciones mínimas establecidas.
> - No puede dejarse en manos de la empresa la determinación del "personal imprescindible" sin contener criterios objetivos suficientes, porcentajes u otras referencias numéricas, que permitan al personal conocer el número de trabajadores que deben continuar en actividad durante la huelga para el mantenimiento de los servicios esenciales (STS [Cont-Adm] 9 de julio del 2008, RJ 6747).

En caso de incumplimiento de estos servicios esenciales, el Gobierno, basándose en el artículo 10.2 de la RDLRT, puede acudir a otras medidas consistentes en la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores (al igual que para los servicios de seguridad o mantenimiento) o por efectivos militares o policiales (en virtud del artículo 51.1 de la CE), y puede llegar, incluso en el caso del estado de alarma, a la movilización del personal laboral. Si se llegara al caso extremo de declaración del estado de excepción o de sitio podrían llegarse a suspender los derechos de huelga y de planteamiento de conflictos colectivos (art. 23 Ley 4/1981, sobre Estados de Alarma, Sitio y Excepción).

En concreto, la negativa del trabajador específicamente designado para cumplir con los servicios esenciales (o su cumplimiento parcial) puede motivar el despido o la imposición de una sanción disciplinaria.

5.3.3. Ilicitud de la huelga

La declaración de licitud o ilicitud de la huelga, con el consiguiente nacimiento o no del derecho fundamental, sólo tiene lugar a posteriori, una vez que se ha desarrollado la misma y que se han adoptado las correspondientes iniciativas por la empresa o los trabajadores. En definitiva, éstas se realizan sin saber a ciencia cierta si están amparadas por la norma. Por consiguiente, asumen un riesgo considerable. En virtud del RDLRT, debidamente interpretado por la STC 11/1981, se establecen ciertas motivaciones que pueden acarrear la ilicitud de la huelga:

Lectura complementaria

Matía Prim (1996). *El abuso del derecho de huelga*. Madrid: CES.

1) Cuando se inicie o se sostenga por **motivos políticos** o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados (art. 11.a RDLRT).

La huelga política no va dirigida contra un empleador, sino contra una autoridad pública. En consecuencia, puede afirmarse que el trabajador no actúa como trabajador, sino como ciudadano.

No obstante, no todas las huelgas políticas presentan una configuración uniforme. El Comité de libertad sindical de la OIT distingue entre **huelga política pura** –la que va dirigida contra la política del Gobierno sin que su objeto sea un conflicto de trabajo–, cuya prohibición no considera atentatoria de la libertad sindical; y la **huelga de imposición económico-política o huelga política con trascendencia laboral** –va dirigida contra la política del Gobierno que ha tomado una medida que tiene que ver con las relaciones de trabajo–, cuya licitud se admite por encontrarse garantizada por los convenios de la OIT.

Posicionamiento empresarial ante la huelga política

Desde la perspectiva empresarial, la huelga política es especialmente compleja, pues significa soportar un conflicto que no ha causado y cuyas pretensiones no puede satisfacer, pero paga.

Aunque la STC 11/1981 sostiene que la "huelga es una medida de presión de los trabajadores frente a los empresarios" y que "no nos encontramos ante el fenómeno de la huelga protegido por el artículo 28 CE cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y de servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos con el fin de presionar sobre la Administración pública o sobre los órganos del Estado", con posterioridad ha matizado esta afirmación y ha sostenido que "la protesta contra la política económica y social del Gobierno no puede bajo ningún concepto ser calificada como una acción reivindicativa ajena a los intereses de los trabajadores" (STC 36/1993).

Huelgas políticas

Los tribunales españoles han admitido la legalidad de las huelgas políticas vinculadas a intereses sociales de los huelguistas siempre que sean de corta duración.

Esta matización ha sido asumida por los tribunales españoles, pues admiten las huelgas referidas a actos de los poderes públicos que guardan relación con los intereses sociales de los huelguistas (declaradas contra el paro, recorte de las pensiones, etc.), siempre y cuando sean de corta duración (STS 1 de febrero de 1991, RJ 1094).

Por el contrario, deben calificarse como ilegales las huelgas que actúen desprovistas de cualquier motivación profesional o que sean irrelevante. De hecho, las huelgas insurreccionales están castigadas penalmente (art. 315 Código penal).

2) Cuando sea de **solidaridad o apoyo**, salvo que afecte al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan (art. 11.b RDLRT).

La STC 11/1981 afirma que el adjetivo "profesional" empleado por el artículo 11.b) del RDLRT ha de entenderse referido a los intereses que afectan a los trabajadores en cuanto a tales, no naturalmente en cuanto a miembros de una categoría profesional específica.

Así pues, sólo serán huelgas ilícitas aquellas que:

a) persiguiesen intereses totalmente ajenos a los de los trabajadores en cuanto a tales,
b) las que no afectan a los huelguistas ni directa ni indirectamente,
c) las que no responden a objetivos que los entes sindicales consideren en un momento dado dignos de protección.

> En Francia se establece una distinción entre la solidaridad interna y la externa (se es más restrictivo respecto a la segunda).
>
> Interna: declarada en apoyo de despidos efectuados en la propia empresa en huelga.
>
> Externa: la que se refiere a medidas adoptadas en organizaciones empresariales ajenas a la de los huelguistas.

En España, la jurisprudencia ha admitido la legalidad de una huelga convocada para que se procediera a la readmisión de los trabajadores despedidos improcedentemente, argumentando que con la huelga se defendía "no sólo el interés particular de los despedidos, sino el general de toda la plantilla" (STS 24 de octubre de 1989, RJ 7422).

3) Cuando tenga por objeto **alterar**, dentro de su periodo de vigencia, **lo pactado en un convenio** o lo establecido por laudo (art. 11.c RDLRT).

La renuncia de la huelga en los ámbitos colectivos, como se ha apuntado con anterioridad, es lícita, y se debe distinguir entre el **deber de paz relativo** y el **absoluto**.

Durante la vigencia de un convenio colectivo está vigente el **deber de paz relativo**; lo que se traduce en la prohibición de plantear huelgas novatorias. Sin embargo, si el deber de paz relativo impide que puedan plantearse huelgas que pretendan modificar lo pactado, no obsta para que deban calificarse como lícitas aquellas que no persigan dicho objetivo.

> La STC 11/81 establece que "nada impide la huelga durante el período de vigencia del convenio colectivo cuando la finalidad de la misma no sea estrictamente la de alterar el convenio".

En concreto, a pesar de la vigencia de un convenio colectivo, son lícitas las huelgas fundamentadas en los siguientes motivos.

a) *Reclamar una interpretación o aplicación del convenio colectivo*. Es admisible porque no se trata de modificar los términos del convenio, sino precisamente de fijarlos.

Huelga durante un convenio colectivo

Pese a la vigencia de un convenio colectivo (y del deber de paz relativo) cabe la posibilidad de realizar huelgas legales.

Conviene tener presente que la legalidad de estas huelgas viene limitada por la imposibilidad de plantear una huelga habiendo iniciado el procedimiento de conflicto colectivo de trabajo previsto en el RDLRT (art. 17.2) o en acuerdos interprofesionales sobre solución de conflictos colectivos. El artículo 18.3 ASEC IV establece que "una vez formalizado el compromiso arbitral, las partes se abstendrán de [...] acudir a la huelga o al cierre patronal".

b) *Exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio colectivo*. Se trata de una modalidad admisible, ya que tampoco hay una modificación del convenio si se exige algo totalmente ajeno al mismo.

Sin embargo, el problema se encuentra en determinar en la práctica cuándo nos encontramos ante una reclamación de una circunstancia no prevista en el convenio colectivo y cuándo se trata de una subversión de lo previsto en el convenio colectivo vigente (alteración de lo pactado).

c) *Exigir una alteración del convenio en aquellos casos en los que éste haya sido incumplido por la parte empresarial*.

d) También puede plantearse una huelga lícita *si se ha producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias presentes en el momento de la celebración del convenio colectivo* y si, por consiguiente, justifican la revisión de lo pactado (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*).

En cualquier caso, se trata de un supuesto verdaderamente excepcional y mucho menos frecuente que los anteriormente descritos.

4) Cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el RDLRT o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos (art. II.d RDLRT).

Se trata de una modalidad de ilegalidad que la norma no especifica en exceso. Aunque en una primera lectura podría entenderse que la ilegalidad surge de cualquier contravención, sustantiva o adjetiva del RDLRT o del convenio colectivo de aplicación, parece, no obstante, que se está enfocando hacia infracciones de procedimiento.

De todos modos, no puede afirmarse que cualquier contravención de la norma legal o pactada permita la declaración de la huelga ilegal. Atendiendo a lo expuesto hasta ahora, pueden identificarse las siguientes situaciones que comportarían la ilegalidad de la huelga, con las debidas matizaciones:

Incumplimiento del RDLRT y huelga ilegal

No todo incumplimiento del contenido del RDLRT comporta la declaración de ilegalidad de la huelga.

a) Huelga con ocupación de locales: el artículo 7.1 del RDLRT prohíbe la ocupación de los huelguistas del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias; supuesto que ya ha sido analizado con anterioridad.

b) Huelgas por sorpresa; es decir, las efectuadas sin respetar el plazo de preaviso. No obstante, como se analizará, éste es un requisito que ha sido relativizado por la STC 11/1981.

c) Piquetes informativos: el comportamiento ilícito de los piquetes informativos no puede comportar la ilicitud de la huelga, pues el delito de coacciones es personal y no puede responsabilizarse a otros –los huelguistas– por el comportamiento ilícito de los miembros del piquete (SSTC 254/1988; y 332/1994).

d) Incumplimiento de los servicios mínimos y de mantenimiento: la declaración de ilegalidad de la huelga está vinculada al incumplimiento de las obligaciones que específicamente incumben al comité de huelga (y no a las que corresponden a los trabajadores individualmente considerados). Asumiendo esta premisa, la huelga debe ser declarada ilegal si el comité de huelga no ha efectuado de buena fe una diligente actividad de vigilancia de los servicios y de advertencia a los trabajadores incumplidores de las consecuencias de sus actos.

e) Incumplimiento de los servicios esenciales: en la medida en que el comité de huelga no participa en la determinación de estos servicios ni tampoco en la designación de los trabajadores adscritos a los mismos, es díficil que pueda decretarse la ilicitud de la huelga, pues el incumplimiento sólo puede provenir del trabajador concretamente designado para desempeñarlos (sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudiera incurrir por su conducta).

5) Huelgas abusivas (art. 7.2 RDLRT).

El artículo 7.2 del RDLRT declara que "las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga se considerarán actos ilícitos o abusivos".

Según la STC 11/81, el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Por consiguiente, no comprende otras alteraciones colectivas del régimen del trabajo distintas a la cesación del trabajo. Así, las modalidades de huelga previstas en el artículo 7.2 del RDLRT no se encuentran comprendidas como huelgas ilegales en el listado del artículo 11 del RDLRT. De modo que, con respecto a las mismas, se establece una presunción de ilicitud. Lo que significa que los huelguistas que han empleado esta modalidad de huelga pueden tratar de demostrar que no fue abusiva.

Se entiende que la huelga ha sido abusiva si (STS 6 de julio de 1990, RJ 6072):

a) la huelga produce un daño grave para la empresa;

b) se da la irracionalidad del daño, en función de las exigencias de la propia actividad conflictiva (se debe tener en cuenta que toda huelga *per se* produce una daño al empresario);

c) concurre una patente intencionalidad de los huelguistas de producirlo.

Más allá de los supuestos enunciados en el artículo 7.2 del RDLRT, como por ejemplo, las huelgas intermitentes, la presunción es de licitud, y corresponde al empresario probar su carácter abusivo (STC 72/1982; y STS 6 de julio de 1990, RJ 6072).

5.3.4. Fin de la huelga

El RDLRT prevé tres modos para finalizar una huelga:

1) El artículo 8.2 del RDLRT establece que en cualquier momento los trabajadores pueden dar por terminada la huelga; desistimiento que puede fundarse en varios motivos: consecución de las reivindicaciones que motivaron la huelga, fin de la capacidad de resistencia, o bien por haber sometido a un procedimiento de solución de conflicto colectivo (administrativo –art. 17.2 RDLRT– o por disposición de un acuerdo interprofesional sobre solución de conflictos colectivos, etc.).

2) Por pacto entre las partes en conflicto. El ejercicio del derecho de huelga no impide que durante su transcurso las partes puedan negociar. De hecho, el artículo 8.2 del RDLRT establece que "las partes deberán negociar para llegar a un acuerdo", proceso en el que la Inspección de Trabajo puede ejercer una función de mediación (art. 9 RDLRT).

> No obstante, conviene tener en cuenta que, dependiendo de la motivación de la huelga (por ejemplo, si es política o de solidaridad), no podrá haber negociación alguna.

El pacto que pone fin a la huelga tiene la misma eficacia que lo acordado en un convenio colectivo, en función de la legitimidad de los negociadores (art. 8.2 RDLRT).

3) El artículo 10.1 del RDLRT (debidamente interpretado por la STC 11/1981) prevé la posibilidad de que la huelga termine mediante un arbitraje obligatorio acordado por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, y se debe exigir que el árbitro sea imparcial. No obstante, este modo de terminación sólo puede darse si concurren determinadas circunstancias:

- duración o las consecuencias de la huelga,
- posiciones de las partes,
- un perjuicio grave para la economía nacional.

5.3.5. Efectos de la huelga legal sobre la relación laboral del huelguista

El ejercicio del derecho de huelga, a pesar de constituir un incumplimiento voluntario del contrato de trabajo, lleva implícita una cesación temporal que desemboca en una liberación recíproca de las prestaciones contractuales fundamentales.

El ordenamiento jurídico, por tanto, priva de eficacia al incumplimiento contractual, que queda absolutamente desvirtuado, porque "por encima de la supuesta ilicitud contractual, se halla el ejercicio de un derecho fundamental reconocido a los trabajadores, que permite que se proceda lícitamente a la abstención de la prestación laboral, esto es, a situarse fuera del contrato para conseguir las reivindicaciones planteadas" (García Blasco, 1983, p. 131 y 132).

Incumplimiento contractual voluntario

Se trata de una solución que altera el sistema extintivo tradicional, puesto que, a pesar del incumplimiento voluntario que toda huelga lleva implícito, el ordenamiento jurídico la trata de un modo distinto que a los demás incumplimientos imputables (Alonso Olea, 1956, p. 214).

Según la STC 11/1981, el contenido esencial del derecho de huelga consiste en:

"una cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir". O, dicho de otro modo, "el derecho de los huelguistas es un derecho a incumplir transitoriamente el contrato".

Por consiguiente, el efecto básico de la huelga legal es la suspensión de la relación de trabajo, con la consiguiente interrupción de las obligaciones respectivas de trabajar y remunerar el trabajo (arts. 6.2 RDLRT y 45.1.l ET).

No obstante, conviene precisar que la realización de una huelga atípica (huelga de celo o reglamento, de bajo rendimiento, etc.), esto es, que no comporte una cesación de trabajo, no tiene cabida en el concepto legal de huelga *a efectos suspensivos*.

Más específicamente, el ejercicio del derecho de huelga, desde la perspectiva de la **retribución y los permisos retribuidos**, comporta lo siguiente:

1) no se percibe el salario correspondiente a los días no trabajados (afecta al salario base, complementos y pagas extraordinarias);

2) la huelga provoca la pérdida proporcional del salario que corresponde al descanso semanal (STS 24 de enero de 1994, RJ 370);

3) respecto a la retribución de las fiestas laborales anuales (art. 37.2 ET), no son aplicables los descuentos proporcionales por huelga en los días festivos, y sólo se pierde la remuneración del día festivo si coincide con los días de huelga (STS 18 de abril de 1994, RJ 3256);

4) en cuanto a las vacaciones, rige el "principio de impermeabilidad", según el cual este período de descanso anual no se ve afectado por el ejercicio del derecho de huelga ni en su duración ni en su retribución (STS 24 de enero de 1994, RJ 370).

Cajas de resistencia

En España (no así en Estados Unidos o en los países nórdicos) es poco frecuente que los sindicatos prevean ayudas económicas a los huelguistas en sustitución del salario, con el objeto de incrementar la resistencia de los trabajadores en huelga.

Por otra parte, es consustancial al derecho de huelga la **configuración de un ámbito de inmunidad** consistente en las siguientes manifestaciones:

1) el ejercicio del derecho de la huelga no extingue por sí mismo el contrato de trabajo (art. 6.2 RDLRT);

2) el empresario no puede sancionar al trabajador por su ejercicio, ni tampoco puede resolver el contrato alegando un incumplimiento contractual (art. 6.1 RDLRT) o computando las faltas de asistencia a los efectos del artículo 52.d) del ET;

3) si el empresario sanciona o despide al trabajador por el ejercicio del derecho de huelga, tal decisión debe ser calificada como nula, por lesiva de un derecho fundamental (arts. 53.4 y 55.5 ET; arts. 108.2, 115.2, 122.2.c y 123.2 LPL);

4) el empresario tampoco puede adoptar como represalia medidas organizativas empresariales, como, por ejemplo, un traslado, etc. (STC 90/1997);

5) el tiempo de permanencia en huelga, computa a los efectos de la antigüedad del trabajador.

En términos generales, la jurisprudencia entiende que "la participación activa exige la concurrencia de determinadas circunstancias que han de referirse a la existencia de una relación causal que conecte la actuación del trabajador con la producción del conflicto ilegal, con lo que aquél aparece como promotor o instigador de éste, o a la realización de actos conexos con la alteración colectiva del trabajo, que amplíen su ilicitud, como es el caso de quienes amenazan a los trabajadores que continúan prestando sus servicios, dificultan el desarrollo de las funciones de los servicios de mantenimiento, ocupan ilegalmente el centro de trabajo o perturban el acceso a los locales de la empresa" (SSTS de 7 de julio y 15 de noviembre de 1982, RJ 4562 y 6705; 6 de mayo de 1983, RJ 2349; y 21 de mayo de 1984, RJ 3050).

Desde la perspectiva de los **derechos de la seguridad social**, el artículo 6.3 del RDLRT establece que el trabajador en huelga permanece en situación de alta especial en la Seguridad Social, con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador (ved también, arts. 125.6 y 106.5 LGSS; y art. 35.6 Decreto 84/1996). Concluida la huelga, se vuelve a la situación normal de alta. Además, el trabajador en huelga no tiene derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad temporal (véase también, arts. 131.3 y 208.2.1 LGSS; y art. 33 Decreto 625/1985), salvo que la incapacidad temporal o la prestación de desempleo parcial se hubieran producido antes de la huelga (art. 2 Orden 30 de abril de 1977).

Ejercicio del derecho de huelga y formalidades

No existe disposición legal alguna que determine cuáles son las formalidades que debe seguir el trabajador para adherirse a una huelga ni para reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada ésta.

Un aspecto importante desde un punto de vista práctico es el relativo a la **dinámica del ejercicio del derecho de huelga** y, en concreto, el acto en virtud del cual el trabajador se adhiere a la acción colectiva. La ausencia de una regulación específica en este sentido, especialmente en lo relativo a las formalidades, hace pensar que no existe ningún requisito formal al respecto, por lo que será el empresario el que deducirá del comportamiento del trabajador si participa o no en la misma. De tal modo que la no asistencia al trabajo debe ser interpretada por el empresario como participación en huelga, y ha de recaer sobre el trabajador la carga de demostrar lo contrario (Rodríguez Copé, 2004, p. 295). La suspensión de la relación de trabajo finalizará, normalmente, con la finalización de la huelga, en el terreno colectivo y con la inmediata reincorporación de los trabajadores a su puesto de trabajo, sin que tampoco sea exigible formalidad alguna (Goerlich Peset, 1994, p. 17).

Huelga ilítica y despido

El despido por la participación en una huelga ilícita sólo acaecerá si ha sido activa.

De todos modos, conviene advertir que el amparo legal descrito sólo se dispensa en los supuestos de huelga lícita. Se debe determinar entonces cuáles son los efectos de la participación de un huelguista en una huelga ilícita. Ante la ausencia de un régimen jurídico detallado, la jurisprudencia ha considerado que la huelga ilícita suspende la relación de trabajo, siempre que el trabajador haya participado de forma pasiva. Por tanto, sólo la "participación activa" constituye un motivo resolutorio suficiente, y siempre que "el modo de participación" pueda calificarse como un incumplimiento grave y culpable (SSTS 18 de julio de 1986, RJ 4526; 8 de mayo de 1986, RJ 2505; y 24 de septiembre de 1987, RJ 6388).

6. El cierre patronal

6.1. Definición

El cierre patronal (*lock out*) es una medida conflictiva empresarial que consiste en el cierre temporal del lugar de trabajo, que imposibilita consiguientemente que los trabajadores puedan realizar su trabajo (y perciban el correspondiente salario), con el fin de ejercer presión ante una situación de conflicto colectivo.

Esta medida de presión laboral puede responder a varias circunstancias (Sala Franco y Albiol Montesinos, 2000, p. 493): imposición de determinadas condiciones laborales (cierre patronal ofensivo), responder a un huelga o a cualquier otro medio de presión de los trabajadores (cierre patronal defensivo), por solidaridad (cierre patronal de solidaridad) o por móviles políticos (cierre patronal político).

Lectura complementaria

García Fernández (1990). *El cierre patronal*. Barcelona: Ariel.

El artículo 37.2 de la CE reconoce a los empresarios el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo.

> La CE ha incluido el *lock out* entre las medidas generales de conflicto del artículo 37 (STC 11/1981).

No obstante, no puede equipararse el derecho de los trabajadores a la huelga (art. 28.2 CE) con el derecho de los empresarios al cierre patronal. Éste no puede calificarse como una "huelga de patronos" (STC 11/1981). La colocación sistemática de ambos derechos evidencia con claridad que no son derechos equiparables (el art. 28.2 en la sección primera y el art. 37.3 en la sección segunda, ambos en el capítulo II del título I).

Igualdad de armas (*Kampfparität*)

En el ordenamiento español no existe el principio de la igualdad de armas, de la paridad en la lucha, de la igualdad de trato o el paralelo entre las medidas de conflicto nacidas en campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial (STC 11/1981).

> "La huelga es un 'contrapeso', que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas. Tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual. En cambio, el *lockout* es una mayor dosis de poder que se otorga a una persona que tenía poder ya desde antes. He aquí por qué el régimen jurídico no puede ser idéntico. Además de ello, se puede señalar que, en ocasiones, el *lockout* es una retorsión que se utiliza como sanción de la huelga después de que ésta ha acabado" (STC 11/1981).

6.2. Circunstancias justificativas del cierre patronal

La prevalencia del derecho de huelga respecto al cierre patronal significa que el ordenamiento jurídico español sólo admite el cierre patronal defensivo frente a huelgas o irregularidades colectivas en el trabajo que impliquen determinadas circunstancias. Por tanto, se trata de un derecho que queda subordinado respecto al derecho de huelga.

Según la STC 11/1981:

"No es contrario a nuestra Constitución el poder de cierre patronal como poder de policía para asegurar la integridad de personas y de bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo y que es contrario a la Constitución todo tipo de cierre que vacíe de contenido o impida el derecho de huelga. Apurando todavía más la argumentación, se puede llegar a la conclusión de que la potestad de cierre de los empresarios reconocida en el artículo 12 del RDLRT no es inconstitucional si se entiende como ejercicio de un poder de policía del empresario dirigido exclusivamente a preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones, y limitado al tiempo necesario para remover tales causas y para asegurar la reanudación de la actividad, como dice el artículo 13".

Cierre patronal por razones de seguridad

Normalmente, es la presencia de piquetes violentos lo que justifica el cierre patronal.

Las circunstancias que justifican el cierre patronal son las siguientes:

- notorio peligro de violencia para las personas o daño grave para las cosas,
- ocupación ilegal del lugar de trabajo o de sus dependencias,
- irregularidades en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción.

Por tanto, quedan prohibidos los cierres patronales ofensivos, de solidaridad o políticos. Es importante advertir que la ilegalidad de una huelga no legitima *per se* el cierre patronal, a no ser que concurra alguna de las circunstancias enunciadas.

6.3. Tramitación del cierre patronal: elementos formales

A diferencia del derecho de huelga, el cierre patronal está sometido al cumplimiento de menos requisitos. Si concurre alguna de las situaciones descritas, el empresario únicamente está obligado a comunicar su decisión a la autoridad laboral en un plazo de 12 horas desde el cierre (art. 13 RDLRT).

La falta de comunicación convierte al cierre en encubierto y, por ende, en ilícito. Repárese que el cierre patronal no está sometido a una autorización administrativa previa.

6.4. Finalización del cierre patronal

La clausura temporal del lugar de trabajo debe limitarse al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa o para la remoción de las causas que lo motivaron (art. 13.2 RDLRT). Por consiguiente, el cierre sólo puede prolongarse durante el tiempo que persistan las circunstancias que lo han motivado. Y si se mantiene por más tiempo, puede ser declarado ilegal.

Una vez superados los motivos que lo han motivado, la reapertura podrá efectuarse a iniciativa propia del empresario, de los trabajadores o de la autoridad laboral. Si se negara a hacerlo, está obligado a cumplir la orden de reapertura emitida por la autoridad laboral (art. 14 RDLRT).

El incumplimiento de este requerimiento administrativo es calificado como una infracción administrativa muy grave (art. 8.9 LISOS).

6.5. Efectos del cierre patronal

El cierre patronal legal produce los mismos efectos que la huelga legal (art. 12.2 RDLRT):

- la relación de trabajo no queda extinguida, sino que queda en suspenso y, consiguientemente, el trabajador no tiene derecho al salario;

- el trabajador no puede ser sancionado, salvo que incurra en alguna falta laboral o incumplimiento contractual durante el cierre;

- se suspende la obligación de cotización, y los trabajadores afectados permanecen en situación de alta especial en la Seguridad Social, sin derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad temporal.

El cierre patronal ilegal puede derivar en las siguientes responsabilidades:

- Responsabilidad administrativa: el cierre patronal ilícito puede acarrear una sanción administrativa (art. 15 RDLRT y LISOS).

- Responsabilidad contractual: abono a los trabajadores que hayan dejado de prestar sus servicios como consecuencia del cierre del centro de trabajo los salarios devengados durante el período de cierre ilegal (art. 15.2 RDLRT), así como el ingreso de las oportunas cotizaciones de la Seguridad Social.

Resumen

El derecho colectivo del trabajo se refiere a las relaciones colectivas de trabajo, esto es, a los aspectos jurídicos vinculados a la creación, organización y funcionamiento de los sindicatos, asociaciones patronales y otros entes colectivos.

La configuración constitucional del derecho a la libertad sindical, en su dimensión individual y colectiva, y el derecho de asociación de los empresarios describen los vectores fundamentales de esta parte del derecho del trabajo con sustantividad propia y un discurso ideológico y político muy acentuado. El pluralismo sindical y los efectos derivados de la representatividad sindical y, en correspondencia, la atribución de determinadas prerrogativas son elementos que deben destacarse debidamente.

La interacción de estos sujetos implicados dentro y fuera de la empresa y sobre todo, los diversos cauces de representación de los intereses del personal (delegado de personal y comité de empresa) y de los sindicatos en la empresa (sección sindical y delegado sindical) han sido aspectos que han centrado el estudio de este módulo.

La defensa del interés colectivo y su lógica contraposición con el empresarial convierten al conflicto en un estadio frecuente de las relaciones colectivas y ha motivado que, de algún modo, se haya acabado institucionalizando una lógica de la confrontación; lo que, consecuentemente, ha desembocado en la búsqueda de mecanismos de solución pacífica de los conflictos. En este sentido, la distinción entre conflictos colectivos jurídicos y de intereses, así como la configuración constitucional del derecho de huelga (debidamente interpretada por la STC 11/1981) y del cierre patronal son elementos capitales que conviene retener.

Ejercicios de autoevaluación

1. En España, la libertad de asociación queda consagrada en...

a) la Constitución de 1976.
b) la Constitución de 1876.
c) la Constitución de 1931.
d) la Constitución de 1869.

2. La acción colectiva entra frontalmente en conflicto con los postulados liberales porque...

a) fija de un modo ficticio el precio de las cosas.
b) promueve el monopolio empresarial.
c) obstaculiza la iniciativa emprendedora.
d) Todas las anteriores son ciertas.

3. La libertad sindical comprende...

a) únicamente la posibilidad de sindicarse libremente.
b) la posibilidad de sindicarse libremente y, en ocasiones, la libertad de fundar sindicatos.
c) la posibilidad de sindicarse libremente, la libertad de fundar sindicatos y el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical.
d) la libertad de fundar sindicatos y sindicarse libremente, previa autorización administrativa.

4. Los trabajadores autónomos e inactivos...

a) pueden constituir su propio sindicato siempre que lo autorice la autoridad laboral.
b) no pueden constituir ni afiliarse a ningún sindicato.
c) sólo pueden afiliarse a los sindicatos que únicamente defiendan sus intereses particulares.
d) Ninguna de las anteriores.

5. La libertad sindical negativa...

a) únicamente reconoce el derecho a darse de baja de un sindicato.
b) no es incompatible con la existencia de medidas dirigidas al fomento de la sindicación.
c) permite la existencia de pactos que obligatoriamente condicionen el mantenimiento de un contrato de trabajo a la sindicalización.
d) Ninguna de las anteriores.

6. La autonomía sindical, como mínimo, reconoce a los sindicatos...

a) la libertad de reglamentación y, nunca, la libertad de representación.
b) la libertad de representación o la libertad de gestión.
c) la libertad de reglamentación, de representación y, en ocasiones, de gestión.
d) la libertad de reglamentación, de representación y de gestión.

7. La mayor representatividad prevista en la LOLS...

a) no se reconoce en los casos de representatividad por irradiación.
b) reconoce a los sindicatos más representativos estatales la representación institucional ante las administraciones públicas.
c) reconoce a los sindicatos de comunidad autónoma que tengan como mínimo 15.000 representantes.
d) Ninguna de las anteriores.

8. La representación unitaria...

a) es compatible con la representación sindical.
b) puede manifestarse a través de delegados de personal o de un comité de empresa en función de la dimensión de la plantilla.
c) debe ejercer la representación sindical mancomunadamente si se trata de delegados de personal.
d) Todas las anteriores son ciertas.

9. Una sección sindical...

a) puede crearse siempre que no se oponga la representación unitaria.
b) puede crearse sólo si se trata de un sindicato más representativo.
c) puede crearse si así lo deciden los trabajadores afiliados a un sindicato.
d) puede crearse sin que sea conveniente que lo sepa el empresario.

10. Las secciones sindicales de los sindicatos más representativos...

a) tienen los mismos derechos que las de los que no lo son.
b) tienen derecho a la negociación colectiva.
c) no tienen los mismos derechos que los sindicatos que tengan representación en los órganos de representación unitaria.
d) tienen derecho al uso de un local para poder llevar a cabo su actividad.

11. El conflicto colectivo...

a) se caracteriza porque afecta a un colectivo de trabajadores.
b) se caracteriza porque afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores.
c) únicamente puede resolverse a través de un arbitraje obligatorio.
d) Ninguna de las anteriores.

12. El ejercicio del derecho de huelga...

a) puede limitarse a través de la negociación colectiva.
b) es siempre ilícito si se plantea durante la vigencia de un convenio colectivo.
c) es abusivo si no se respetan los servicios mínimos.
d) afecta a la duración y retribución de las vacaciones.

13. El cierre patronal en el ordenamiento jurídico español...

a) se basa en el principio de igualdad de armas.
b) puede plantearse si se produce una ocupación ilegal del lugar del trabajo.
c) está sometido a los mismos requisitos formales que el derecho de huelga.
d) libera al empresario del pago de los salarios aunque sea declarado ilegal.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. a

3. c

4. d

5. b

6. d

7. b

8. d

9. c

10. b

11. b

12. a

13. b

Abreviaturas

ASEC *m* Acuerdo estatal de solución extrajudicial de conflictos laborales.

ATC *m* Alto Tribunal Constitucional.

CE *f* Constitución española de 1978.

ET *m* Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido del Estatuto de los trabajadores.

LAS *f* Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre Regulación del Derecho de Asociación Sindical.

LISOS *m* Real decreto legislativo 5/2000, de 4 agosto, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LGSS *m* Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

LOLS *f* Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

LPL *m* Real decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

LPRL *f* Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

OIT *f* Organización Internacional del Trabajo.

STC *f* Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS *f* Sentencia del Tribunal Supremo.

RDLRT *m* Real decreto ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

TC *m* Tribunal Constitucional.

LO 3/2007 *f* LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

LO 4/2000 *f* LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Ley 56/2003 *f* Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

Ley 10/1997 *f* Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Ley 21/1991 *f* Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social.

Ley 4/1986 *f* Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado.

Decreto ley 5/1975 *m* Decreto ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo.

Decreto 1561/1995 *m* Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Decreto 1844/1994 *m* Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, que aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

Decreto 84/1996 *m* Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Decreto 625/1985 *m* Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

Decreto 873/1977 *m* Decreto 873/1977, de 22 de abril, sobre depósito de los estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de la Ley 19/1977, reguladora del derecho de asociación sindical.

Orden 30 de abril de 1977 *m* Orden 30 de abril de 1977, por la que se desarrolla el Real decreto ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en materia de seguridad social.

Bibliografía

Alonso Olea, M. (1957). *El despido*. Madrid: Insituto de Estudios Políticos.

Arufe Varela, A. (2009). "La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea: puntos críticos sobre la Ley 31/2006, de 18 de octubre". *Actualidad Laboral*, (n.° 21).

Baylos Grau, A. (1995). "Sobre los despidos por huelga". En: Aparicio Tovar y Baylos Grau (eds.). *El régimen del despido tras la reforma laboral*. Madrid: Ibidem.

Cabero Morán, E. (1997). *La democracia interna en los sindicatos*. Madrid: CES.

De Soto Rioja, S. (1998). *La libertad sindical negativa*. Madrid: Civitas.

Durán López. F. (1977). "La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal". *Revista de Política Social* (n.° 115).

Führer, I. M. (1996). *Los sindicatos en España*. Madrid: CES.

García Blasco, J. (1983). *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*. Barcelona: Bosch.

García Fernández, M. (1990). *El cierre patronal*. Barcelona: Ariel.

García Romnero, B. (2002). "La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea". *Revista Española de Derecho del Trabajo* (n.° 112).

García Viña, J. (1999). "Impugnación de estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales". *Relaciones laborales* (n.° 1, p. 665-685).

Goerlich Peset, J. M. (1994). *Los efectos de la huelga*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Gómez Gordillo, R. (2003). *El comité de empresa europeo*. Madrid: CES.

Hernández Vigueras, J. (1992). *La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Luján Alcaraz, J. (2003). *La acción sindical en la empresa*. Madrid: CES.

Martínez Emperador, R. (1992). "La participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador". En: *Estudios sobre el despido disciplinario*. Madrid: ACARL.

Marzal Fuentes, A. (ed.) (2005). *La huelga hoy en el derecho social comparado*. Barcelona: J.M. Bosch Editor y ESADE-Facultad de Derecho.

Monereo Pérez, J. L. (1993). "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)". *Temas Laborales* (n.° 27).

Montalvo Correo, J. (1980). *El concepto del sindicato más representativo en los sistemas sindicales europeos*. Madrid: Instituto de Estudios Sociales. Ministerio de Trabajo.

Mora de Cabello de Alba, L. (2008*). La participación institucional del sindicato*. Madrid: CES.

Navarro Nieto, F. (1993). *La representatividad sindical*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Phelps Brown, H. (1990). *Los orígenes del poder sindical*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Rentero Jover, J. (2002). *El comité de huelga en el derecho español del trabajo*. Madrid: CES.

Riviero Lamas, J. (1990). "Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma". *Actualidad laboral* (n.° 1, versión digital, La Ley 2426/2001).

Rodríguez Copé, M. L. (2004). *La suspensión del contrato de trabajo*. Madrid: CES.

Rodríguez Ramos, M. J. y Pérez Borrego, G. (1995). *Procedimientos de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios*. Pamplona: Aranzadi.

Saéz Lara, C. (1992). *Representación sindical y acción sindical en la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Sala Franco, T. y Albiol Montesinos, I. (2000). *Derecho sindical*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Simón, H. (2003). "¿Qué determina la afiliación de los sindicatos en España?". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (n° 41, p. 63-88).

Introducción al derecho de la Seguridad Social

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

PID_00161361

Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción..... 7

Objetivos..... 8

1. El derecho de la Seguridad Social..... 9
1.1. Definición 9
1.2. Una breve aproximación histórica 9

2. La Seguridad Social en el marco de la Constitución de 1978.. 14

3. El brazo contributivo y no contributivo del Sistema de la Seguridad Social..... 16

4. El Régimen General y los regímenes especiales de la Seguridad Social..... 19

5. La gestión de la Seguridad Social..... 22
5.1. Publificación institucional 22
5.2. Colaboración en la gestión de la Seguridad Social 24
5.2.1. Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales 24
5.2.2. Empresas 25

6. Los actos de encuadramiento..... 27
6.1. Inscripción de empresas 27
6.2. Afiliación 28
6.3. Alta 29
6.4. Baja 29

7. La financiación de la Seguridad Social..... 30
7.1. Fuentes de financiación del presupuesto de la Seguridad Social 30
7.2. La cotización a la Seguridad Social 32
7.2.1. Tipos de cotización 32
7.2.2. Base de cotización 34
7.2.3. Cuota 37
7.2.4. Dinámica de la cotización 37

8. Las contingencias protegidas..... 41
8.1. Accidente de trabajo 41
8.2. Enfermedad profesional 43

8.3. Accidente no laboral y enfermedad común 43

9. Prestaciones contributivas..... 44
9.1. Asistencia sanitaria 44
9.1.1. Reparto competencial 45
9.1.2. Beneficiarios 45
9.1.3. Beneficiarios por contingencias profesionales y maternidad 45
9.1.4. Beneficiarios por contingencias comunes 46
9.1.5. Prestaciones 46
9.2. Incapacidad temporal 47
9.2.1. Beneficiarios 48
9.2.2. Prestación 48
9.2.3. Dinámica de la prestación 49
9.2.4. Extinción 50
9.3. Maternidad 50
9.3.1. Beneficiarios 50
9.3.2. Prestación 51
9.3.3. Dinámica de la prestación 51
9.3.4. Extinción 52
9.4. Paternidad 52
9.4.1. Beneficiarios 52
9.4.2. Prestación 53
9.4.3. Dinámica de la prestación 53
9.4.4. Extinción 53
9.5. Riesgo durante el embarazo 53
9.5.1. Beneficiarios 54
9.5.2. Prestación 54
9.5.3. Dinámica y extinción de la prestación 54
9.6. Riesgo durante la lactancia natural 54
9.7. Incapacidad permanente 55
9.7.1. Beneficiarios 55
9.7.2. Prestación 56
9.7.3. Dinámica de la prestación 58
9.7.4. Extinción 59
9.8. Lesiones permanentes no invalidantes 59
9.9. Jubilación 59
9.9.1. Beneficiarios 61
9.9.2. Prestación 61
9.9.3. Dinámica de la prestación 63
9.9.4. Extinción 63
9.10. Muerte y supervivencia 63
9.10.1. Auxilio por defunción 65
9.10.2. Pensión de viudedad 65
9.10.3. Pensión de orfandad 68
9.10.4. Prestaciones en favor de familiares 70
9.10.5. Indemnizaciones especiales a tanto alzado 72

9.11. Desempleo 73

Resumen..... 77

Actividades..... 79

Abreviaturas..... 84

Bibliografía..... 87

Introducción

La protección social frente a los riesgos que trae consigo la Revolución Industrial en el siglo XIX ha experimentado un profundo cambio a lo largo de la historia, pues frente a las concepciones primigenias centradas en ofrecer protección a los trabajadores económicamente necesitados, se ha pasado a complejas estructuras dirigidas a atender a todos los ciudadanos en situación de necesidad; proceso lógico si se tiene en cuenta que el régimen jurídico de la Seguridad Social está intrínsecamente influido por el entorno socioeconómico en el que se desarrolla (situación económica, composición demográfica del país, niveles de ocupación, etc.). Variables que describen sus líneas de tendencia y su evolución y que predeterminan medularmente sus fuentes de financiación y sus necesidades de gasto. De modo que puede afirmarse que los conceptos "reforma" y "adaptación permanente" forman parte de su código genético. De hecho, esta circunstancia (en alguna de sus múltiples formulaciones, como el debate en torno a la reforma del sistema de pensiones, del desempleo o de la protección de la salud) tiene un protagonismo indiscutible en el debate político-jurídico y es un tema de gran impacto para la sociedad en su conjunto.

La seguridad social es, por tanto, una técnica específica de protección colectiva frente a los "riesgos sociales" y, como tal, refleja la idea de solidaridad, cumple con una función redistributiva de la riqueza y es un cometido consustancial del estado social, proclamado en el artículo 1 de la Constitución. Dimensión estrechamente vinculada con el reconocimiento de la igualdad sustancial (real y efectiva) del artículo 9.2 CE.

La idea de riesgo, prevención, necesidad económica o social, remedio social y financiación son los vectores sobre los que, en términos generales, se vertebra el derecho de la seguridad social. El régimen jurídico vigente, al que dedicaremos las páginas que siguen, ha ido consolidando en forma de aluvión esta matriz conceptual, ofreciendo resultados desiguales en función de cada etapa histórica.

Es importante destacar que, aunque presentan importantes espacios de intersección, el derecho de la Seguridad Social tiene un ámbito de actuación perfectamente delimitado con respecto al derecho del trabajo. Mientras que éste se refiere a las relaciones de trabajo, las normas que integran el derecho de la Seguridad Social, aunque referidas a trabajadores y empresarios, no se refieren propiamente a la prestación de trabajo ni, por consiguiente, a las relaciones de trabajo, sino a las situaciones de necesidad derivadas del acaecimiento de determinados riesgos. Sin olvidar que la cobertura de la Seguridad Social aspira a proteger a todos los ciudadanos.

Objetivos

El presente módulo pretende describir sistemáticamente y con claridad los aspectos esenciales de las instituciones jurídicas del derecho de la Seguridad Social. La aspiración principal es facilitar una primera aproximación a este ámbito del ordenamiento jurídico. Para ello, se pretende ofrecer al estudiante las herramientas y soportes suficientes que le permitan la familiarización con los parámetros conceptuales y la terminología que le son propios y, en definitiva, la adquisición de una base de conocimiento general y sólida.

En síntesis, los objetivos que se persiguen son:

1. Adquirir una inteligencia del derecho de la Seguridad Social suficiente como para que el estudiante pueda identificar las instituciones jurídicas fundamentales que lo conforman, a fin de conocer y comprender:

- el protagonismo de la Seguridad Social en la consecución del Estado social que proclama el artículo 1 de la Constitución de 1978 y los principios que constitucionalmente predeterminan su actuación;
- el carácter aluvional de la aparición histórica del Sistema de la Seguridad Social;
- la propia identidad del derecho de la Seguridad Social respecto al derecho del trabajo en lo concerniente a las técnicas de regulación, pese a compartir importantes espacios de intersección;
- el sistema de gestión y financiación de la Seguridad Social, así como las diversas contingencias protegidas y las consiguientes prestaciones reconocidas a los ciudadanos;
- la sensibilidad de la configuración legal de tales riesgos y prestaciones en los cambios del entorno socioeconómico.

2. Que tales conocimientos operen como una plataforma que fundamente un estudio de la materia con mayor profundidad.

1. El derecho de la Seguridad Social

1.1. Definición

La protección social ha acompañado, en sus múltiples formulaciones, a las diversas formas de organización social de la humanidad. La necesidad humana de seguridad y la sucesiva aparición de mecanismos de cobertura a lo largo de la historia van en paralelo a las diversas tipologías de riesgos que han amenazado al hombre y a una constante evolución de su percepción.

> "La inclinación por el riesgo y el deseo de seguridad representan dos tendencias fundamentales del espíritu humano. Una u otra de esas tendencias predomina, dependiendo de cada individuo, pero también de cada época" (Durand, 1991, p. 51).

Lectura recomendada

Durand, P. (1991). *La política contemporánea de Seguridad Social*. Madrid: MTAS.

Es importante advertir que todo sistema de seguridad social es, en último término, un sistema de seguridad económica, pues pretende la cobertura de determinados estados de necesidad según las directrices y orientaciones del poder público (Montoya Melgar, 2000, p. 601).

Desde esta perspectiva, el derecho de la Seguridad Social puede conceptuarse como un conjunto sistemático de medidas (normativas y de ejecución) procedentes de campos distintos del derecho privado (seguro privado, seguro social, mutualidad, etc.) que pasan a configurarse como instituciones propias y específicas de derecho público, y a través de las cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación, y a los familiares y asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones legalmente previstas (Blasco Lahoz, López Gandía y Momparler Carrasco, 2000, p. 28; Montoya Melgar, 2000, p. 602).

1.2. Una breve aproximación histórica

El Sistema de la Seguridad Social, tal y como hoy es conocido, ha sido el resultado de una larga evolución histórica.

El **mutualismo obrero** (por medio de las sociedades de socorros mutuos) fue, junto con el ahorro individual voluntario, una primera reacción frente a los nuevos riesgos sociales, ya que eran organizaciones de trabajadores solidarias sin ánimo de lucro, con el objeto de cubrir, mediante pequeñas aportaciones,

determinados riesgos asociados con el trabajo; cobertura que, en la mayor parte de los casos, resultaba insuficiente para atender a las necesidades de los beneficiarios.

La declaración de la **responsabilidad objetiva** del empresario frente a uno de los grandes males asociados a la Revolución Industrial, los **accidentes de trabajo**, es un nuevo hito en esta evolución. Novedad que describe un punto de inflexión, pues, frente a la tradicional inhibición liberal, el Estado asume como necesario un posicionamiento intervencionista. Sin duda, significa un cambio extraordinario, ya que, superando la lógica, "no hay responsabilidad sin culpa", el legislador declara al empresario responsable en tanto que creador y principal beneficiario del riesgo asociado a la actividad productiva.

> Hasta la fecha, el empresario sólo era responsable de los accidentes sufridos por sus trabajadores en tanto que se probara la existencia de una conducta culposa o negligente; lo que no era frecuente, pues era el trabajador el que debía probar tales extremos y, además, los tribunales eran poco "sensibles" a la causa obrera, siendo frecuente que se imputara el accidente a la propia negligencia del accidentado.

Una característica de los sistemas de responsabilidad objetiva por riesgo es que lo importante no es quién paga, sino la forma como se paga. Por tanto, lo importante es asegurar un sistema de financiación del riesgo; lo que da lugar a la aparición del **seguro**, como fórmula más apropiada para dotar de efectividad y aplicabilidad a este sistema. De hecho, puede afirmarse que la aparición del seguro constituye una consecuencia "natural" de la aceptación de la responsabilidad objetiva por riesgo.

Por consiguiente, este modelo de imputación de responsabilidad tiene un claro componente de seguro: en la medida en que proporciona cobertura frente a todo riesgo, incluso los inevitables (aun usando la precaución debida), confiere una especie de "seguro a todo riesgo". La cuestión, entonces, se desplaza a la determinación del tipo de seguro que debe configurarse, esto es, si debe acudirse al seguro privado voluntario, o bien, atendiendo a exigencias de sociabilidad, debe recurrirse al seguro obligatorio y a la intervención del Estado (Mercader Uguina, 2001, p. 65).

En España, la legislación social fue recogiendo estos principios en sucesivas etapas. La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 declara la responsabilidad objetiva del empresario frente a los "accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor, extraña al trabajo donde se produzca el accidente" (art. 2). Posteriormente, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922 prevé la posibilidad de aseguramiento a través de mutualidades patronales o sociedades de seguro (art. 26); ley que, además, preveía la existencia de un fondo especial de garantía para el pago inmediato de las indemnizaciones para el caso de que no fueran satisfechas por los obligados (empresarios, mutualidades o compañías de seguros). La Ley 4 de julio de 1932 supone un nuevo estadio

en esta evolución, pues establece el aseguramiento obligatorio de los empresarios y, además, prevé la compensación del trabajador con independencia de si el empresario estaba o no asegurado.

Siguiendo la experiencia alemana, impulsada por Bismarck a finales del siglo XIX, los **seguros sociales** suponen un nuevo paso en este proceso evolutivo, ya que, con el fin de asegurar la paz social, el Estado asume como objetivo político la necesidad de extender la protección social a otras tipologías de riesgos, algunos de ellos no estrictamente profesionales (como la enfermedad común); esto, consiguientemente, supone, por un lado, una apuesta por el intervencionismo estatal y, por otro, una extensión de la protección a un colectivo de ciudadanos mayor. El Estado, a partir de la lógica del seguro privado, es el encargado de organizar esta protección, al establecer la obligatoriedad del seguro y liberar al beneficiario de la carga de asumir la totalidad de la prima (que se reparte entre el empresario y/o el Estado). Se trata de un modelo caracterizado por una gestión plural, atendiendo a la naturaleza de cada contingencia, en el que cotizaciones y prestaciones están íntimamente conectadas al salario, puesto que éste determinaba la cuantía de aquéllas.

> En Alemania, la evolución fue la siguiente: seguro social de enfermedad en 1883, de accidentes de trabajo en 1884, de invalidez-vejez en 1889 y de supervivencia en 1911; posteriormente recogidos en el "Código de seguros sociales" de 1911.

Lectura recomendada

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (1990). *Historia de la acción social pública en España. Beneficiencia y previsión*. Madrid.

La implantación de los seguros sociales en España se efectuará progresivamente a lo largo de algunas décadas. Así, sintéticamente, tras una primera etapa en la que el Estado (a través del Instituto Nacional de Previsión) es partidario de promover seguros en régimen de libertad subsidiada, en 1919 se crea el retiro obrero (obligatorio) y, en el mismo año, el seguro de paro forzoso, aunque como un seguro privado (libre) subvencionado, dadas las dificultades de implantar un seguro de carácter oficial (exposición de motivos). En 1923, durante la dictadura de Primo de Rivera, se crea el seguro obligatorio de maternidad. Posteriormente, la Guerra Civil impedirá que el ambicioso programa de seguros sociales descrito en el artículo 46 de la Constitución republicana fuera una realidad.

> "La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y, especialmente, la protección a la maternidad" (art. 46).

Durante la dictadura, en 1942, se crea el seguro obligatorio de enfermedad, en 1947, el seguro obligatorio de vejez e invalidez y, en 1961, el seguro nacional de desempleo. Es importante advertir que estos seguros sociales sólo otorgaban prestaciones uniformes a un nivel mínimo.

El **Sistema de Seguridad Social** describe hasta la fecha la última fase de la protección social. Se trata de un modelo que tiende a conseguir una organización coherente y completa de la reparación de los riesgos sociales, por lo que no puede calificarse como una simple prolongación de la política de seguros sociales (Durand, 1994, p. 148 y 221).

Aunque el término "seguridad social" fue empleado por primera vez en Estados Unidos en la Ley de Seguridad Social (*Social Security Act*), de 14 de agosto de 1935, en respuesta a las graves consecuencias de la Gran Depresión, no puede afirmarse que la noción de "seguridad social" adquiera propiamente su significación en esta fecha, pues se limitaba a introducir el seguro social de desempleo y vejez, de forma limitada a algunas categorías de trabajadores, concediendo subsidios a favor de servicios de asistencia y sanidad públicas.

Es en Nueva Zelanda donde la expresión "seguridad social" adquiere su moderna significación, porque con la promulgación de la *Social Security Act*, 14 de septiembre 1938, se pone en marcha el primer sistema orgánico de protección tanto económico como sanitario, en beneficio del conjunto de la población (Venturi, 1994, p. 264, 422 y ss.).

La Segunda Guerra Mundial, a pesar de sus lamentables consecuencias, también fue un factor precipitante del progreso social.

Por ejemplo, la Alemania nazi se planteó un ambicioso programa dirigido a configurar un sistema de pensiones de vejez e invalidez para toda la población activa alemana, no sobre el principio de seguro, sino sobre el de solidaridad, financiado a través de los impuestos. El fin de la guerra y del nazismo quebró la continuidad de este plan.

Segunda Guerra Mundial y progreso social

El ministro de Trabajo del Gobierno británico declaró en 1940 que "al final de la guerra, o más bien durante la guerra, nosotros asumimos la seguridad social como razón principal de nuestra vida nacional" (Venturi, 1994, p. 267).

En Inglaterra, en 1940, la cuestión de la seguridad social era una prioridad política. Compromiso que se plasmará en la creación de una comisión interministerial con el objeto de rediseñar todo el sistema de protección social del país. Y fruto de la misma se elabora en 1942 el conocido como Informe Beveridge (*Social Insurance and Allied Services, Report Presented to Parliament by Command of His Majesty*), completado posteriormente por el propio economista en 1944 en el informe *Free Employment in a Free Society*; documentos que adquieren una importancia capital, pues definen los verdaderos requisitos caracterizadores de un sistema de seguridad social, lo que permite calificar a William Beveridge como su verdadero fundador.

Éste planteó la extensión de la acción protectora de los seguros sociales en tres direcciones (Durand, 1994, p. 163 y 164):

Lectura recomenada

Beveridge, W. (1988). *Pleno empleo en una sociedad libre*. Madrid: MTAS.

1) Dar protección a las personas hasta entonces excluidas de los seguros sociales. Esto es, propone una generalización de la seguridad social (universalización subjetiva) para así consolidar la solidaridad entre todos los miembros de la nación, contribuir a facilitar la carga económica que comporta y llevar a cabo una redistribución de la riqueza.

2) Propone extender el sistema de seguridad social al mayor número posible de riesgos (generalización objetiva).

3) Recomienda mejorar el régimen de prestaciones suprimiendo todo plazo de espera para el otorgamiento de prestaciones de enfermedad y de paro y el desarrollo de la ayuda a las viudas.

Además, sugiere una unificación de los seguros sociales (poniendo fin a la lógica de la gestión plural), un servicio nacional de salud gratuito para toda la población, subsidios en favor de la familia para contribuir a la natalidad y la asistencia nacional para las personas con menos recursos económicos; modelo que financieramente gravitaba sobre la lógica de los impuestos y en el que cuotas y prestaciones se configuraban de un modo uniforme.

Las concepciones del informe Beveridge han ejercido una profunda influencia en las legislaciones nacionales, de manera que se han convertido en un verdadero estímulo para todos los países civilizados. También ha inspirado los puntos de vista de la OIT (convenios n.° 102, 103, 128, 157 y 159 y recomendaciones n.° 67, 68, 69 y 97) y de numerosos tratados internacionales (por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, 1948; el Carta Social Europea, 1961; el Código Europeo de Seguridad Social, 1964; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; el Convenio Europeo de Seguridad Social y su acuerdo complementario, 1972, etc.), y, sobre todo, ha acabado consagrando constitucionalmente a la Seguridad Social.

La generalización de esta constitucionalización se produce sobre todo durante la segunda posguerra (constituciones francesa, 1946; italiana, 1947; y alemana, 1949).

En España, el tránsito de un sistema de seguros sociales a uno de seguridad social se planteó con la promulgación de la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 (articuladas en sucesivas fases, 1966, 1972 y el texto refundido de 1974). No obstante, la acción legislativa simplemente supuso una coordinación y una sistematización del sistema de seguros sociales existente, puesto que, al no modificarse de forma sensible la eficacia protectora del sistema anterior, la creación de nuevos niveles asistenciales o el objetivo de alcanzar una efectiva redistribución de la riqueza quedó en un plano residual.

2. La Seguridad Social en el marco de la Constitución de 1978

La aprobación de la Constitución de 1978 supuso un paso decisivo en la configuración del Sistema de Seguridad Social en España.

> El artículo 41 de la Constitución declara: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

El derecho a la seguridad social es un derecho destacado del catálogo de derechos sociales que conforman el estado de bienestar; lo que evidencia su estrecha conexión con los artículos 1 y 9.2 de la Constitución.

> Art. 1: "España se constituye en un estado social y democrático de derecho".
>
> Art. 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

No obstante, conviene tener en cuenta que la Constitución también dedica otros preceptos dedicados a prestaciones integradas históricamente en la seguridad social: derecho a los beneficios correspondientes de la seguridad social de los reclusos (art. 25); protección social de la familia (art. 39.1), así como a los hijos y a las madres (art. 39.2); organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios (art. 43.2); realizar una política de previsión e integración de los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos (art. 49); garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50); y participación de los interesados en la gestión de la seguridad social (art. 129.1).

> Además, deben tenerse en cuenta los artículos 148.1.20 y 21 y los artículos 149.1.16 y 17, en los que se establece la distribución de competencias entre el Estado y las comunidadaes autónomas en materia de seguridad social, asistencia social y sanidad.

El artículo 41 (ubicado en el capítulo III del título I) es un derecho de configuración legal, por lo que corresponde al legislador precisar el alcance y contenido del mandato dirigido a los poderes públicos (STC 65/1987).

> De hecho, el TC ha afirmado que "no es ocioso recordar que los derechos sociales de prestación que implican una carga financiera, son de contenido legal y requieren ineludiblemente una intermediación legislativa" (STC 126/1994).

No obstante, el citado precepto recoge un concepto excesivamente abierto, susceptible de desarrollo múltiple. A pesar de ello, no debería llegarse a la conclusión de que el legislador goza de plena libertad para llevar a cabo esta tarea. Del artículo 41 de la CE se destilan, siguiendo el diseño de Beveridge, los siguientes principios orientadores de la seguridad social (Alarcón Caracuel, 1999, p. 55 y 61 a 95):

1) Publificación institucional: la seguridad social es una función esencial del Estado de bienestar, por lo que los poderes públicos deben regularla, mantenerla, organizarla, gestionarla y financiarla.

2) Universalidad subjetiva: debe otorgarse protección social a todos los ciudadanos por el mero hecho de serlo.

3) Generalidad objetiva: debe otorgarse protección social ante cualquier situación de necesidad (con independencia del origen de la misma), para responder así al principio de solidaridad y de redistribución de la riqueza.

> Como se verá, la existencia de lo que se conoce como brazo no contributivo (esto es, el dirigido a atender a las situación de las personas que o bien no han desarrollado una actividad profesional y, por consiguiente, no han podido cotizar, o bien lo han hecho, pero de un modo insuficiente) responde a esta exigencia constitucional. No obstante, la plasmación de este principio no puede entenderse efectiva hasta la promulgación de la Ley 26/1990, 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas.

4) Suficiencia prestacional: las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social deben ser suficientes. No obstante, este es un parámetro de díficil delimitación, por lo que hubiera sido deseable que la Constitución hubiera previsto algunas coordenadas orientadoras. En cualquier caso, es evidente que la "suficiencia" no puede eludir las disponibilidades socioeconómicas del sistema presentes en cada momento histórico.

El desarrollo legislativo de estos principios configuradores del Sistema de Seguridad Social se ha llevado a cabo, principalmente, en los siguientes textos legislativos:

- El Real decreto legislativo 1/1994, 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), que ha sido objeto de múltiples reformas a lo largo de estos años;

- La Ley 14/1986, 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS), la Ley 16/2003, de 28 de mayo del 2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

3. El brazo contributivo y no contributivo del Sistema de la Seguridad Social

El contenido de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social está básicamente constituido por un **brazo contributivo** y un **brazo no contributivo**.

El brazo contributivo está dirigido a atender las necesidades de las personas que desarrollan una actividad profesional y que, por consiguiente, han estado cotizando previamente en el sistema.

Las necesidades atendidas por el brazo contributivo son:

- asistencia sanitaria;
- incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia;
- incapacidad permanente;
- jubilación;
- muerte y supervivencia;
- desempleo.

Estas prestaciones serán analizadas de un modo particularizado posteriormente.

El **brazo no contributivo**, en cambio, está dirigido a atender la situación de las personas que o bien no han desarrollado una actividad profesional y, por consiguiente, no han podido cotizar, o bien lo han hecho, pero de un modo insuficiente.

La existencia de un brazo no contributivo es, como se ha apuntado, una derivación del principio de universalidad recogido en el artículo 41 de la CE al afirmar que "todos los ciudadanos" son los destinatarios de "un régimen público de seguridad social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad".

El acceso a las prestaciones no contributivas o asistenciales está configurado como un derecho subjetivo de los ciudadanos; lo que no impide que su reconocimiento esté condicionado al cumplimiento de determinados requisitos, como, principalmente, que el beneficiario se encuentre en una verdadera y probada situación de necesidad. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que tampoco atiende a todas las necesidades que padecen estos colectivos.

En concreto, las necesidades atendidas por el brazo no contributivo o asistencial del Sistema de la Seguridad Social son:

- asistencia sanitaria (art. 80 Ley 14/1986; y Decreto 1088/1989);
- asistencia social y servicios sociales de la Seguridad Social (arts. 38.1.e, 53 y 54 LGSS);
- pensiones no contributivas de vejez e invalidez (arts. 144 a 149 y 167 a 170 LGSS);
- prestaciones por nacimiento de hijo o adopción y las reconocidas a las familias vulnerables –con miembros discapacitados, monoparentales, numerosas, con carencia de recursos (arts. 181 a 190 LGSS);
- protección asistencial para minusválidos (Ley 13/1982);
- desempleo (prestaciones de desempleo asistencial –arts. 215 a 219 LGSS–, la conocida como renta activa de inserción –Decreto 1369/2006– y la prestación extraordinaria de desempleo, aprobada para paliar los efectos de la reciente crisis –Ley 14/2009);
- ayudas para víctimas de violencia de género (art. 27 LO 1/2004);
- pensiones asistenciales por ancianidad a favor de emigrantes españoles (art. 7.4 LGSS, Ley 40/2006 y Decreto 8/2008), así como otras ayudas vinculadas a otras necesidades de los emigrantes (ayudas asistenciales para incapacitados permanentemente para el trabajo y subvenciones, por ejemplo, consistentes en ayudas para viajes de mayores a España –Ley 38/2003 y Orden TAS/874/2007);
- prestaciones a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil y que han desarrollado la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional (Ley 3/2005 y Orden TAS/1967/2005);
- prestaciones del sistema de dependencia (Ley 39/2006).

La protección de las situaciones de dependencia ha sido calificada como el cuarto pilar del sistema de protección social, que completa los tres pilares del Estado de bienestar (salud, prestaciones contributivas y no contributivas). Propiamente, estas prestaciones no forman parte del Sistema de la Seguridad Social (y por tanto, no pueden integrarse en el contenido de los artículos 41 CE y 149.1.17 CE), aunque es evidente que debe tenerse en cuenta a efectos de la protección social (Blasco Lahoz, López Gandía y Momparler Carrasco, 2008, p. 40).

Lectura complementaria

Roqueta Buj (coord.) (2007). *La protección de la dependencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

No obstante, debe recordarse que, en paralelo, las comunidades autónomas, en virtud del artículo 148.1.20 de la CE, también pueden desarrollar sus propias competencias relacionadas con la "asistencia social".

Ejemplo

En el desarrollo de esta competencia, las comunidades autónomas han llevado a cabo, con diferente denominación y régimen jurídico, lo que se conoce, genéricamente, como

"rentas mínimas de inserción" ("ingreso mínimo familiar", País Vasco; "renta mínima de inserción", Cataluña; "renta de integración social", Galicia; "renta básica de inserción", Murcia; "renta social básica", Cantabria; o "ingreso aragonés de inserción", Aragón, etc.).

Del listado de prestaciones no contributivas o asistenciales estatales expuesto, puede observarse cómo estas prestaciones no se han diseñado como un "mínimo vital de subsistencia" al que tienen derecho todos los españoles, sino que atienden a concretas necesidades vinculadas a colectivos específicos; de modo que es posible que queden ciudadanos desprovistos de protección; circunstancia que aleja a nuestro modelo del principio de universalidad subjetiva expuesto.

Finalmente, debemos mencionar la existencia de un **nivel complementario**, de carácter residual y voluntario, que se añadiría a los dos anteriores descritos. Son mecanismos de previsión voluntarios, privados de carácter externo al margen de la Seguridad Social, que en ningún caso forman parte de la misma (Blasco Lahoz, López Gandía y Momparler Carrasco, 2008, p. 56).

Lo que, por otra parte, no ha impedido que el legislador haya llevado a cabo políticas dirigidas a potenciar (en especial, fiscalmente) los planes y fondos de pensiones (regulados en el texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002).

4. El Régimen General y los regímenes especiales de la Seguridad Social

Los sujetos que están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social están descritos en los artículos 7, 9, 10 y 11 de la LGSS.

Están comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes (art. 7 LGSS):

a) trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del ET, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral;

b) trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de 18 años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente;

c) socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado;

d) estudiantes;

e) funcionarios públicos, civiles y militares.

El Sistema de la Seguridad Social se estructura del siguiente modo (art. 9 LGSS).

- un régimen general,
- regímenes especiales,
- sistemas especiales.

1) Régimen General. Está integrado por trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios.

Además, el artículo 97, D. Ad. 5.ª y 27.ª de la LGSS establecen otros colectivos que también están incluidos en el Régimen General. Por ejemplo, entre otros:

- personal de alta dirección con contrato laboral especial (art. 2.1.a ET);
- consejeros y admininstradores que formen parte de su órgano de administracion, no de manera pasiva al realizar sólo tareas consultivas o de asesoramiento, sino que lleven a cabo funciones de gerencia o administración, ya sean retribuidos por tal cargo, o bien perciban otra remuneración, siempre que no posean control efectivo de la sociedad;
- los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares;
- el personal civil no funcionario, dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado;
- laicos o seglares que presten servicios retribuidos en instituciones eclesiásticas;
- las personas que presten servicios retribuidos en entidades o instituciones de carácter benéfico social;
- etc.

En cambio, entre otros, quedan excluidos del Régimen General (arts. 7.2, 7.6, 98 y D. Ad. 27.ª LGSS):

- los trabajadores que desarrollen una actividad profesional comprendida en alguno de los regímenes especiales;
- salvo prueba de su condición de asalariado, el cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado inclusive, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo;
- las personas que ejecuten ocasionalmente trabajos de los llamados amistosos, benévolos o de buena vecindad;
- personas cuyo trabajo en atención a su jornada y retribución se considere marginal y no constituya medio fundamental de vida;
- socios que desempeñen pura y simplemente la función de consejeros en empresas capitalistas.

2) Regímenes especiales. Previstos para actividades profesionales en las que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos es preciso establecer particularidades que permitan la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social (art. 10 LGSS).

Las particularidades de estos regímenes se refieren a la acción protectora, prestaciones, organización y financiación.

En este sentido el TC ha afirmado "la identidad en la protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social; pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico" (STC 184/1993).

Pese a que existe un compromiso de convergencia e integración, con el objeto de reducir (o corregir) la fragmentación del Sistema de la Seguridad Social, en la actualidad los regímenes especiales son (art. 10 LGSS):

a) trabajadores dedicados a las actividades agrícolas, forestales y pecuarias, así como los titulares de pequeñas explotaciones que las cultiven directa y personalmente;
b) trabajadores del mar;
c) trabajadores por cuenta propia o autónomos;
d) funcionarios públicos, civiles y militares;

Mientras que los funcionarios de la Administración local y autonómica están integrados en el Sistema de la Seguridad Social, los demás funcionarios lo están en regímenes especiales periféricos, exteriores al Sistema de la Seguridad Social, regulados, por tanto, por sus propias normas: funcionarios civiles del Estado (Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado: MUFACE); funcionarios militares (Instituto Social de las Fuerzas Armadas - ISFAS); funcionarios de la Administración de justicia (Mutualidad General Judicial: MUGEJU).

e) empleados de hogar;
f) estudiantes.

3) Sistemas especiales. En aquellos regímenes de la Seguridad Social en los que así resulte necesario, podrán establecerse sistemas especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación (art. 11 LGSS).

Para ilustrar, dentro del Régimen General están previstos, por ejemplo, los siguientes sistemas especiales: trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública; manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizados por cosecheros exportadores, por la industria resinera, etc.

El desempeño de alguna de estas actividades determina la **inclusión obligatoria** en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales descritos. Los cambios profesionales que experimente una persona a lo largo del tiempo, por tanto, también pueden dar lugar (según la actividad) a la inclusión en el régimen de la Seguridad Social que corresponda.

Por otra parte, en tanto que es posible que una persona realice varias actividades profesionales de forma simultánea, pueden darse las siguientes situaciones:

- pluriempleo: situación en la que se halla una persona que desarrolla más de una actividad profesional que da lugar a la inclusión en el Régimen General;

- pluriactividad: situación en la que se halla una persona que desarrolla actividades profesionales que determinan la inclusión en varios regímenes de la Seguridad Social (por ejemplo, el Régimen General y el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia).

5. La gestión de la Seguridad Social

5.1. Publificación institucional

El artículo 41 de la CE establece que "los poderes públicos mantendrán un régimen publico de seguridad social", lo que significa que éstos deben asumir su gestión y financiación.

El principio de la **gestión pública** ya estaba recogido en la base 17.ª de la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963; asumido plenamente con posterioridad por la Ley de la Seguridad Social, de 21 de abril de 1966.

El TC, sobre la base del artículo 149.1.17 de la CE, ha considerado (STC 124/1989) que la gestión económica de la Seguridad Social, que comprende el cobro de cotizaciones y el pago de las prestaciones, es competencia del Estado, con lo que las comunidades autónomas quedan, consiguientemente, excluidas.

Derivado de lo anterior, otros aspectos vinculados a la gestión, como los actos de encuadramiento (afiliación, altas y bajas de trabajadores e inscripción de empresas; reconocimiento del derecho a prestaciones), también han recibido el mismo tratamiento.

De todos modos, en tanto que el artículo 148.1.20 y 21 de la CE atribuye a las comunidades autónomas la competencia en materia de asistencia social y sanidad e higene, éstas pueden asumir la ejecución de los servicios de Seguridad Social regulados con carácter general por el Estado; lo que ha derivado en la creación en las distintas autonomías de organismos a tal fin. Por ejemplo: en Cataluña el Institut Català de la Salud (ICS); en Andalucía, el Servicio Andaluz de Salud; en Madrid, el Servicio Madrileño de Salud, etc.

Lectura recomendada

Sánchez Navarro (2003). *La gestión de la Seguridad Social en España*. Madrid: CES.

No obstante, no es el Estado el que asume directamente la gestión de la Seguridad Social por medio de un ministerio, sino que ésta ha sido encomendada a determinadas **entidades gestoras**, con el objeto de facilitar una mayor descentralización y flexibilidad en la gestión. Por consiguiente, estas entidades jurídico-públicas son las encargadas de otorgar la protección a los ciudadanos cuando se perfeccione un estado de necesidad.

Según el artículo 59 LGSS, estos organismos son "entidades de derecho público y capacidad para el cumplimiento de sus fines que les están encomendados".

Estas entidades gestoras deben proceder conforme a los siguientes principios (art. 57.1 LGSS):

- simplificación,
- racionalización,
- economía de costes,
- solidaridad financiera y unidad de caja,

- eficacia social,
- descentralización.

Las entidades gestoras son:

1) Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), encargado, principalmente, de la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, con excepción de aquellas cuya gestión está atribuida al Instituto de Mayores y Servicios Sociales o a los servicios competentes de las comunidades autónomas.

2) Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), denominado anteriormente Instituto Nacional de Salud (INS), está encomendado a la administración y gestión de las prestaciones sanitarias. Su ámbito de gestión está limitado por las comunidades autónomas que hayan asumido las competencias en materia de protección de la salud.

3) Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), denominado anteriormente Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSS), encargado de la gestión de los servicios sociales complementarios del Sistema de la Seguridad Social y de los planes, programas y servicios de ámbito estatal para personas mayores, sin perjuicio de la gestión transferida a las comunidades autónomas.

4) Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), denominado anteriormente Instituto Nacional de Empleo (INEM), encargado de la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo. También se ocupa de la gestión y control de las prestaciones por desempleo, investigación, estudio y análisis sobre la situación del mercado de trabajo, registro público de las ofertas, demandas y contratos, así como de las políticas de formación y colocación en los territorios que no las tengan transferidas a las respectivas comunidades autónomas.

5) Instituto Social de la Marina (ISM), para la gestión de los aspectos sociales del sector marítimo-pesquero y, en especial, del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

6) Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), es el órgano más importante y forma parte de los denominados **servicios comunes** (al igual que la denominada **Gerencia de Informática**); esto es, centraliza una serie de funciones para evitar que sean asumidas individualmente por cada entidad gestora. Tomando como base los principios de solidaridad financiera y caja única, unifica todos los recursos financieros, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, y tiene a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos, y las atenciones generales y de los servicios de recaudación de derechos, y pagos de las obligaciones del Sistema de la Seguridad Social

5.2. Colaboración en la gestión de la Seguridad Social

En paralelo a las entidades gestoras, el sistema admite la existencia de entes que colaboran en la gestión de la Seguridad Social. En concreto, éstos son (art. 67 LGSS):

- mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;
- empresas;
- asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa inscripción en un registro público.

5.2.1. Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (MATEP) son asociaciones constituidas voluntariamente por empresarios, sin ánimo de lucro y autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que asumen mancomunadamente la responsabilidad de colaborar en la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en iguales términos y con igual alcance que las entidades gestoras (art. 68 LGSS).

Además, las MATEP también se ocupan de:

- realizar actividades de prevención de riesgos laborales y recuperación a favor de sus empresas asociadas;

- colaborar en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, en iguales términos y con igual alcance que las entidades gestoras.

Constitución de una MATEP

Para poder constituir una MATEP es preciso que concurran un mínimo de 50 empresarios que ocupen al menos a 30.000 trabajadores y con un volumen de cuotas determinado (art. 69 LGSS).

El empresario, frente a los riesgos profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional), tiene la opción de formalizar la protección, bien en la entidad gestora correspondiente, o bien por medio de una MATEP (art. 70.1 LGSS).

> "Los empresarios asociados a una mutua, según las normas presentes, habrán de proteger en la misma entidad a la totalidad de sus trabajadores correspondientes a centros de trabajo situados en la misma provincia, siempre que ésta se encuentre comprendida en el ámbito territorial de la mutua" (art. 70.2 LGSS).

Si el empresario opta por formalizar la protección respecto a estas contingencias profesionales a una MATEP, también puede optar por que la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (accidente no laboral y enfermedad común) de ese mismo personal se lleve a efecto por la misma mutua (D. Ad. 11.ª LGSS).

La relación entre el empresario y la MATEP se realiza por medio de un convenio de asociación (las MATEP están obligadas a aceptar a todos los empresarios que lo soliciten –art. 70.3 LGSS–), que tiene una duración de un año y que se prorroga anualmente de forma tácita.

Es importante tener en cuenta que "la falta de pago de las cuotas por un empresario asociado a una mutua no podrá dar lugar a la resolución del convenio de asociación" (párrafo 2.° art. 70.3 LGSS).

Las MATEP se financian con las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que recauda para ellas la TGSS y que son a cargo exclusivo de las empresas. En su caso, también perciben un porcentaje de la cuota por contingencias comunes, que reciben como contraprestación por la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de las contingencias comunes que realizan.

Las MATEP gestionan fondos públicos, como son las primas/cuotas de las que se nutren. En tanto que entidades sin ánimo de lucro no pueden obtener beneficios, por lo que los posibles excedentes de gestión que tengan no pueden repartirse o reintegrarse a los asociados, sino que deben ser destinados a reservas obligatorias o a mejorar las prestaciones de los trabajadores protegidos (art. 73 LGSS).

Su actividad está sujeta al control, vigilancia y tutela del MTAS (arts. 5.2.c, 68.6 y 71.1 LGSS).

Control de las MATEP

"Las mutuas serán objeto, anualmente, de una auditoría de cuentas, que será realizada por la Intervención General de la Seguridad Social" (art. 71.2 LGSS).

5.2.2. Empresas

Las empresas individualmente consideradas también colaboran en la gestión de la Seguridad Social. Se pueden distinguir dos modos de colaboración: **obligatoria** y **voluntaria** (art. 77 LGSS).

1) La **colaboración obligatoria** de las empresas en la gestión de la Seguridad Social se prevé del siguiente modo (arts. 77.1 LGSS, 3.1 y 16.1 Orden de 25 de noviembre de 1966):

a) Pago por delegación de la entidad gestora o colaboradora de las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes desde el 16.° día.

Pago por delegación

El pago por delegación significa que la empresa anticipa el importe de la prestación y luego se lo deduce de las cuotas de la Seguridad Social del mes corriente.

Como se analizará, debe tenerse en cuenta que en los supuestos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, el empresario asume a su cargo, el pago de la prestación desde 4.° al 15.° día.

b) Pago por delegación de la entidad gestora o colaboradora de las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

c) Pago por delegación del subsidio por desempleo parcial, como consecuencia de reducción de la jornada laboral o de los días de trabajo, debidamente autorizada por la autoridad laboral competente.

2) La **colaboración voluntaria** permite a las empresas asumir libremente y a su cargo la cobertura de determinadas prestaciones (art. 77a y d LGSS). En concreto:

a) asumir directamente el pago de las prestaciones por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional;

b) asumir directamente el pago de las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral.

La posibilidad de llevar a cabo esta colaboración voluntaria está condicionada por el cumplimiento de determinados requisitos (arts. 2.2, 4.1 y 7.1 Orden de 25 de noviembre de 1966):

- tener más de 250 trabajadores fijos afiliados y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social (si la empresa tiene la finalidad, exclusiva o no, de prestar servicios sanitarios, se precisa tener más de 100 trabajadores afiliados y en alta; art. 4.2);
- poseer instalaciones sanitarias propias que sean suficientemente eficaces por reunir la amplitud y nivel adecuados para prestar la asistencia sanitaria que corresponda a la incapacidad temporal derivada de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, exceptuada en su caso la hospitalización quirúrgica;
- observar un correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación social;
- obtener la autorización correspondiente del MTAS.

6. Los actos de encuadramiento

La constitución de la relación con la Seguridad Social se produce, como se ha apuntado al analizar el Régimen General y los regímenes especiales, por mandato legal. Por consiguiente, en tanto que se trata del cumplimiento de obligaciones de carácter público, no se trata de un acto voluntario, sometido a la autonomía de la voluntad. De hecho, esta obligación nace a partir del momento en que se realiza alguna actividad profesional que esté incluida en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social.

De tal modo que los actos de encuadramiento son actos administrativos declarativos por medio de los que no se constituye, mantiene o extingue la relación con la Seguridad Social, sino que sólo se formaliza.

Estos actos de encuadramiento son:

- inscripción de empresas,
- afiliación,
- altas y bajas,
- cotización

6.1. Inscripción de empresas

Los empresarios, como requisito previo e indispensable para el inicio de su actividad, deben solicitar su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social cuando empleen a trabajadores por cuenta ajena (art. 99.1 LGSS).

> Según el artículos 99.3 de la LGSS, deben considerarse "empresarios, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona natural o jurídica, pública o privada, por cuya cuenta trabajen las personas incluidas en el artículo 97 LGSS".

En concreto, los empresarios deben comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS):

- los datos precisos que permitan su identificación;

- la opción de aseguramiento (la empresa debe decidir si opta por asegurar los riesgos profesionales del personal a su servicio por una mutua, o bien por la entidad gestora de la Seguridad Social);

- la opción de cobertura (la empresa opta por cubrir las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada por causas comunes del personal a su servicio por una MATEP, o bien por una entidad gestora de la Seguridad Social).

Inscripción del empresario

La inscripción es el acto administrativo por el que la Tesorería General de la Seguridad Social asigna al empresario un número de inscripción para su identificación y control de sus obligaciones en el respectivo régimen del Sistema de la Seguridad Social.

Los empresarios deberán comunicar las variaciones que se produzcan de los datos facilitados al solicitar su inscripción y, en especial, lo referente al cambio de la entidad que deba asumir la protección de los riesgos indicados (art. 99.1.2.° LGSS).

El incumplimiento de esta obligación es una falta grave (art. 22.1 LISOS) e implica el incumplimiento de las restantes (afiliación, alta y cotización).

La inscripción es única y válida en los regímenes de la Seguridad Social que se determine, en todo el territorio nacional y para toda la vida de la persona física o jurídica titular de la empresa (art. 15 Decreto 84/1996).

6.2. Afiliación

Es un acto administrativo obligatorio, en virtud del que la TGSS reconoce la condición de incluida en el Sistema de la Seguridad Social a la persona que, **por primera vez**, realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo (art. 6 Decreto 84/1996).

Es un acto único, válido para toda la vida y para todo el Sistema de la Seguridad Social, aunque luego se cambie de empresa o de régimen de la Seguridad Social (art. 6 Decreto 84/1996), y debe realizarse en el momento que el trabajador ingresa en la empresa (art. 100.1 LGSS).

Afiliación

Es un acto único, válido para toda la vida y para todo el Sistema de la Seguridad Social, que debe realizarse en el momento en que el trabajador ingresa en la empresa.

Es importante advertir que la afiliación al Sistema de la Seguridad Social, por sí sola o en unión de otros requisitos o presupuestos, constituirá título jurídico para la adquisición de derechos de la Seguridad Social (art. 6.2 Decreto 84/1996).

El empresario es el sujeto obligado a afiliar al trabajador (art. 100.1 LGSS). Si incumple, en cuyo caso incurre en una infracción administrativa grave (art. 22.2 LISOS), el trabajador puede instar su afiliación directamente al organismo competente de la administración de la Seguridad Social (art. 100.2 LGSS).

Número de afiliación

Con la afiliación, a cada trabajador se le asigna un número –válido para toda la vida–, expidiéndose un documento de afiliación.

"La Tesorería General de la Seguridad Social asignará un número de la Seguridad Social a cada ciudadano para la identificación del mismo en sus relaciones con la Seguridad Social como afiliado y en alta en cualquiera de los regímenes del sistema, ya sea como trabajador por cuenta propia o ya sea como trabajador por cuenta ajena o asimilado a uno u otro" (art. 21.1 Decreto 84/1996).

La solicitud de afiliación implica el alta inicial del trabajador en el régimen de la Seguridad Social que corresponda.

Es importante **no confundir** la **afiliación** –acto que se realiza una sola vez, cuando la persona entra por primera vez en el Sistema de la Seguridad Social- con el **alta**, pues ésta debe producirse cada vez que el trabajador inicia una actividad.

6.3. Alta

El alta es un acto administrativo con el que se reconoce a la persona que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexa con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social que proceda, en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes (art. 7 Decreto 84/1996). Hay tres clases de altas.

1) Alta real: se produce con el ingreso en el trabajo y se mantiene a lo largo de todo el tiempo que el trabajador presta sus servicios.

El alta debe producirse con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan serlo antes de los sesenta días naturales anteriores al previsto para la iniciación de la misma (art. 32.3.1.° Decreto 84/1996). El incumplimiento de la obligación de dar de alta es una infracción administrativa grave (art. 22.2 LISOS).

2) Situaciones asimiladas al alta: son situaciones en las que, a pesar de que la relación de trabajo está en suspenso, o bien extinguida, y, por consiguiente, se produciría la baja del trabajador en la Seguridad Social, se entiende que continúa estando en alta con el objeto de protegerle.

Ejemplo

Durante la huelga y el cierre patronal, los trabajadores se hallan en una situación asimilada al alta (art. 125.6 LGSS).

3) Alta presunta o alta de pleno derecho: se produce en las situaciones en las que existe actividad normal de trabajo; por consiguiente, el trabajador debería estar en situación de alta real, pero el empresario ha incumplido sus obligaciones. En tal caso, el ordenamiento jurídico otorga automáticamente la protección del trabajador para que no pueda verse perjudicado por la omisión empresarial.

Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este régimen general se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), desempleo y asistencia sanitaria (art. 125.3 LGSS).

6.4. Baja

La baja surte efectos desde que se produce el cese en el trabajo, siempre que se haya comunicado en el modelo oficial y dentro del plazo de los seis días naturales siguientes al del cese en el trabajo (art. 32.3.2.° Decreto 84/1996). La comunicación formal de la baja no tiene efectos liberatorios si el trabajador efectivamente continúa prestando sus servicios.

La falta de comunicación de la baja conforme en tiempo y forma es calificada como una infracción administrativa leve (art. 21.3 LISOS).

7. La financiación de la Seguridad Social

7.1. Fuentes de financiación del presupuesto de la Seguridad Social

El presupuesto de la Seguridad Social se nutre básicamente de las siguientes fuentes de financiación:

- aportaciones del Estado, esto es, el esfuerzo tributario de todos ciudadanos;

- cotizaciones sociales, esto es, las cuotas a las que están obligados a pagar, entre otros, el empresario y los trabajadores, y que se calculan sobre un porcentaje de las retribuciones de los trabajadores.

> "La cotización puede definirse como la obligación impuesta por la ley a ciertos individuos y entidades, de contribuir al sostenimiento de las cargas económicas de los regímenes de previsión o de Seguridad Social, de acuerdo con ciertos criterios, también fijados legalmente" (Borrajo, citado en: Blasco Lahoz, López Gandía y Momparler Carrasco, 2008, p. 229).

> La LGSS indica otras fuentes de financiación, aunque su peso en el sostenimiento económico del Sistema de la Seguridad Social es muy inferior (cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga; frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales, y cualesquiera otros ingresos; art. 86 LGSS).

Es importante advertir que las cotizaciones sociales no constituyen una fuente de financiación privada de la Seguridad Social, o dicho de otro modo, no son el equivalente a la prima que se paga por los asegurados en un contrato de seguro. De modo que toda pretensión dirigida a exigir una correspondencia entre las cotizaciones efectuadas y las prestaciones que se puedan recibir del sistema no tiene visos de prosperar; aunque, como se verá, la cuantía y duración de las prestaciones contributivas se calcula a partir de las cotizaciones acreditadas por el beneficiario (Alarcón Caracuel, 1999, p. 68 y 69).

El Sistema de la Seguridad Social, como se ha visto, está integrado básicamente, por un **brazo contributivo** (referido a prestaciones condicionadas a la previa afiliación y cotización del beneficiario) y un **brazo no contributivo** (referido a prestaciones cuyo reconocimiento no está condicionado a que el beneficiario haya cotizado previamente y, por consiguiente, tiene aspiración de universalidad subjetiva). A partir de la Ley 24/1997, en correspondencia con el llamado **Pacto de Toledo** (1995), se establece un **principio de separación financiera de las fuentes de financiación**. Lo que significa que las prestaciones no contributivas deben financiarse por medio de las transferencias del Estado y las

contributivas "básicamente" con las cotizaciones sociales, sin perjuicio de que puedan completarse, si fuera necesario, con las aportaciones del Estado que puedan establecerse de forma específica (art. 86.2 LGSS).

No obstante, a pesar del propósito manifestado en el Pacto de Toledo, la financiación exclusiva de las prestaciones no contributivas a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, aún no es una realidad. En virtud de la Ley 24/2001, que modifica la D. Trans. 14.ª LGSS, se establece que, a partir del 1 de enero del 2002, la financiación a cargo del Estado de los complementos a mínimos se llevará a cabo de un modo paulatino, en un plazo que no superará los doce años. De modo que, mientras tanto, la parte no cubierta por la aportación del Estado se financia con cargo a los demás recursos generales del Sistema.

Otro elemento importante en la configuración de la financiación del Sistema de la Seguridad Social es el denominado **sistema de reparto**, que se contrapone al **sistema de capitalización**:

- El **sistema de capitalización**, inspirado en la técnica del seguro privado, implica la formación para cada asegurado de un capital integrado por las cuotas que periódicamente va aportando, así como los intereses que las mismas devengan, con el objeto de satisfacer las prestaciones futuras.

- El **sistema de reparto**, en cambio, "consiste en que las cotizaciones de todos los sujetos incluidos en el Sistema de la Seguridad Social se integran en una caja única y se reparten para atender cada año a las obligaciones prestacionales del sistema" (Alarcón Caracuel, 1999, p. 71).

El preámbulo de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 afirmaba expresivamente que esta técnica "impone sacrificios a los jóvenes respecto a los viejos; a los sanos, respecto a los enfermos; a los ocupados, respecto a los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos, respecto a las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares, respecto a los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto a los sectores deprimidos".

Las técnicas de reparto permiten plasmar el principio de solidaridad financiera que vertebra todo el Sistema de la Seguridad Social, pues quienes sufragan las prestaciones de los perceptores actuales son los cotizantes también actuales.

"El sistema financiero de todos los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social será el de reparto para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos" (art. 87.1 LGSS). No obstante, cuando se trate de pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuya responsabilidad corresponda asumir a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o, en su caso, a las empresas declaradas responsables, se procederá a la capitalización del importe de dichas pensiones y las entidades señaladas deben constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el límite de su respectiva responsabilidad, los capitales coste correspondientes (art. 87.3 LGSS).

Además, conforme al artículo 91.1 de la LGSS, la Tesorería General de la Seguridad Social debe constituir un **fondo de reserva de la Seguridad Social**, con el fin de atender a las necesidades futuras del Sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones contributivas. Este fondo debe dotarse con "los excedentes de ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión, que, en su caso, resulten de la con-

Fondo de reserva de la Seguridad Social

A 31 de diciembre del 2009, contaba con más de 60.000 millones de euros (fuente: Informe a las Cortes Generales, www.seg-social.es.

signación presupuestaria de cada ejercicio o de la liquidación presupuestaria del mismo, siempre que las posibilidades económicas y la situación financiera del sistema de Seguridad Social lo permitan" (art. 1 Ley 28/2003).

7.2. La cotización a la Seguridad Social

A la hora de hacer frente al abono de las prestaciones económicas, así como de cualquier otro gasto, como hemos visto, las cotizaciones sociales son el principal componente de los ingresos de que dispone la Seguridad Social.

La cotización es obligatoria (art. 6.1 Decreto 2064/1995), y los sujetos obligados a cotizar en el Régimen General de la Seguridad Social (es decir, a realizar una aportación dineraria) son los trabajadores y los empresarios (art. 22.1 Decreto 2064/1995).

El importe de esta aportación, denominada **cuota**, es el resultado de aplicar un porcentaje, denominado **tipo de cotización**, a una cantidad, denominada **base de cotización** (art. 6.2 Decreto 2064/1995).

Ved también

Pueden consultarse ejemplos de cálculo de estos parámetros en el apartado "**Actividades**" de este módulo.

7.2.1. Tipos de cotización

La cotización está vinculada a determinados conceptos relacionados con el trabajo por cuenta ajena; es decir, sobre la base de cotización se aplican diversos tipos de cotización en función de las diversas contingencias protegidas.

De modo que la aportación dineraria que finalmente debe abonarse es la suma de las cuotas que resultan de la aplicación de estos distintos tipos de cotización a la base de cotización.

Los tipos de cotización vienen fijados **cada año** en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (pueden consultarse en www.seg-social.es).

En concreto, los conceptos cotizables son:

1) Contingencias comunes: se refieren a situaciones que deriven de una enfermedad común o accidente no laboral, así como el riesgo durante el embarazo y la lactancia, la maternidad y paternidad.

Este tipo es común para todo el Regimen General de la Seguridad Social. Por consiguiente, no se establece distinción alguna en función de los riesgos vinculados a las diversas actividades, industrias o tareas.

2) Contingencias profesionales: se refieren a situaciones que deriven de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Este tipo varía según el riesgo profesional implícito en cada actividad productiva.

Los tipos están recogidos en la tarifa de primas aprobada por la Disposición adicional 4.ª Ley 42/2006, de 28 de diciembre, modificada recientemente por la Ley 26/2009 (referencia base de datos Aranzadi: RCL 2006/2324).

La tarifa de primas de accidente de trabajo y enfermedad profesional vigente a partir de 1 de enero del 2010 puede consultarse en: http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113903.pdf.

Decreto 404/2010

Prevé un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

3) Horas extraordinarias: este tipo varía en función de la naturaleza de las mismas, y es inferior para las horas extraordinarias realizadas para prevenir o reparar siniestros. Esta cotización se distribuye entre el empresario y el trabajador.

4) Desempleo: este tipo varía en función de la duración temporal o indifinida del contrato de trabajo y del tipo de jornada (parcial o completa). Esta cotización se distribuye entre el empresario y el trabajador.

5) Fondo de garantía salarial: para garantizar a los trabajadores deudas frente a determinadas situaciones de la empresa. Esta cotización corresponde exclusivamente al empresario.

6) Formación profesional: esta cotización se distribuye entre el empresario y el trabajador.

Los tipos de cotización para el año 2010 son los siguientes:

Tabla 1. Tipos de cotización en el 2010

Tipos			
Concepto	**Empresa**	**Trabajador**	**Total**
Contingencias comunes			
• Tipo general	26,30	4,70	28,30
Horas extraordinarias			
• Fuerza mayor	12,00	2,00	14,00
• Resto	26,30	4,70	28,30
Desempleo			
• Tipo general	5,50	1,55	7,05
• C. duración determinada T. completo	6,70	1,60	8,30
• C. duración determinada T. parcial	7,70	1,60	9,30
Fondo de garantía salarial	0,60	0,10	0,70

Tipos			
Formación profesional	0,20		0,20

7.2.2. Base de cotización

La base de cotización para el régimen de trabajadores por cuenta ajena constituye la **remuneración salarial total** que recibe el trabajador mensualmente, cualquiera que sea su forma y denominación.

En este sentido, la distinción entre las **partidas salariales** y **extrasalariales** adquiere una importancia trascendental pues, estas últimas no forman parte de la base de cotización.

Bases de cotización

A la hora de determinar las bases de cotización es importante distinguir entre las partidas salariales y extrasalariales.

En cuanto a las percepciones salariales recibidas en especie, existen normas específicas, sintetizadas en las tablas 2 y 3.

Las bases de cotización no pueden ser superiores al límite máximo absoluto establecido (fijado para cada ejercicio económico en la Ley de Presupuestos Generales del Estado). Dicho límite máximo será único para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias. Las bases de cotización tendrán como límite mínimo, salvo disposición expresa en contrario, la cuantía íntegra del SMI vigente en cada momento, incrementado en un sexto.

Estos importes **son objeto de actualización cada año** (pueden consultarse en www.seg-social.es).

1) La base de cotización para las **contingencias comunes** tiene unas bases máximas y mínimas en función de la categoría profesional, aunque en la actualidad tienden a equipararse (ved tabla 4).

Bases máximas de cotización

La existencia de bases máximas de cotización limita el importe de la cuota, aunque el salario del trabajador sea superior.

La base de cotización comprende el salario mensual del trabajador, más la parte proporcional de las pagas extraordinarias y aquellos conceptos cuyo devengo sea superior al mensual. No incluye la remuneración de las horas extraordinarias.

2) La base de cotización para las **contingencias profesionales** coincide con la de las contingencias comunes pero, además, incluye la remuneración por horas extraordinarias.

En esta base no se establecen bases mínimas y máximas en función de la categoría profesional, pero sí se aplican unos topes mínimos y máximos que coinciden con los absolutos indicados.

A partir del 1 de enero del 2010, estos topes son de 3.198 euros y 738,90 euros, respectivamente.

Web recomendada

Estos importes **son objeto de actualización cada año** (pueden consultarse en www.seg-social.es).

3) La base de cotización del **desempleo**, **formación profesional** y **fondo de garantía salarial** es la misma que para las contingencias profesionales.

4) Las **horas extraordinarias** están sujetas a una cotización adicional.

Tabla 2. Conceptos incluidos en la base de cotización. Retribuciones en especie

Conceptos incluidos en la base de cotización				
Concepto				Importe computable
Retribuciones en especie:	VIVIENDA			5 o 10 % del valor catastral, en función de que se haya modificado o no dicho valor, con el límite 10 por 100 resto remuneraciones.
- Por norma, convenio colectivo o contrato de trabajo	VEHÍCULOS	Entrega		Coste de adquisición empresario, incluidos tributos.
		Uso	Propiedad empresa	20% anual coste adquisición.
			No propiedad empresa	20% anual valor mercado vehículo nuevo.
		Uso y posterior entrega		Valor del mercado resultante del uso anterior.
- Para fines particulares	PRÉSTAMOS con tipo de interés inferior al legal del dinero.			Diferencia entre ambos tipos de interés.
	MANUTENCIÓN, HOSPEDAJE, VIAJES y SIMILARES.			Coste para el empresario, incluidos los tributos.
	PRIMAS de contrato de seguro, excepto de accidente de trabajo y responsabilidad civil.			Coste para el empresario, incluidos los tributos.
	CONTRIBUCIONES a planes de pensiones o sistemas de previsión social alternativos a los planes de pensiones. (*)			Importe satisfecho por los promotores.
	GASTOS POR ESTUDIOS Y MANUTENCIÓN (incluidos familiares) excepto los estudios exigidos por el trabajo.			Coste para el empresario, incluidos los tributos.
	DERECHOS ESPECIALES contenido económico que se reserven los promotores de una sociedad como remuneración (porcentaje sobre los beneficios de la sociedad).			Mínimo 35% valor equivalente del capital social que permita la misma participación en los beneficios.
	CASOS RESTANTES	Plaza de garaje	Propiedad de la empresa	Valor del mercado.
			En alquiler	Coste para el empresario.
		Bolsa de Navidad		Coste para el empresario.
		Juguetes		Coste para el empresario.
		Otros		Coste para el empresario.

(*) Estarán excluidas de la base de cotización siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción otorgada por el sistema en su modalidad contributiva, es decir, siempre que impliquen únicamente un plus de percepción sobre las prestaciones del sistema en su modalidad contributiva, supuesto en el que tendrán la consideración de mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social.
Fuente: http://www.seg-social.es

Tabla 3. Conceptos excluidos de la base de cotización

Conceptos excluidos en la base de cotización							
Concepto						**Importe exento**	**Importe computable**
Gastos de manutención y estancia (dietas)	Gastos de estancia					Importe justificado	—
	Gastos de manutención	Pernocta	En España			53,34 euros/día	El exceso de tales cantidades
			En el extranjero			91,35 euros/día	
		No pernocta	En España			26,67 euros/día	
			En el extranjero			48,08 euros/día	
			Personal de vuelo	En España		36,06 euros/día	
				En el extranjero		66,11 euros/día	
Gastos de locomoción	Según factura o documento equivalente (transporte público).					Importe del gasto justificado	—
	Remuneración global (sin justificación importe).					0,19 euros/km recorrido más gastos de peaje y aparcamientos justificados	El exceso de dicho importe
Pluses de transporte urbano y de distancia.						Hasta el 20% del IPREM mensual vigente en el momento de devengo, sin pagas extraordinarias. (en conjunto).	El exceso del 20% IPREM mensual (en conjunto)
Quebranto de moneda, indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo.						Hasta el 20% del IPREM mensual vigente en el momento de devengo, sin pagas extraordinarias (en conjunto).	El exceso del 20% IPREM mensual (en conjunto)
Indemnizaciones por fallecimiento, traslados, suspensiones, despidos y ceses.						Importe	—
PRODUCTOS EN ESPECIE CONCEDIDOS VOLUNTARIAMENTE (no debidos por norma, convenio colectivo o contrato de trabajo)	Vivienda					Hasta el 20% del IPREM mensual vigente en el momento de devengo, sin pagas extraordinarias (en conjunto).	El exceso del 20% IPREM mensual (en conjunto)
	Vehículos						
	Préstamos con tipo de interés inferior legal dinero						
	Manutención, viajes, turismo y similares						
	Primas de contrato de seguro, excepto accidente de trabajo y responsabilidad civil						
	Contribuciones a planes de pensiones o alternativos (*)						
	Gastos por estudios y manutención (excepto los exigidos por el trabajo).						
	Derechos Especiales (reservados promotores sociedades).						
	Casos restantes	plaza garaje					
		bolsa de Navidad					
		juguetes					
Percepciones por matrimonio.						Importe	—
Prestaciones a la Seguridad Social y sus mejoras.						Importe	—
ASIGNACIONES ASISTENCIALES	Gastos por estudios exigidos por el trabajo.					Importe	—
	Entrega de productos a precios rebajados (cantinas, comedores empresa, economatos, fórmulas indirectas servicio comedor) (días hábiles).					9 euros/día	El exceso de 9 euros/día y/o no se cumplan requisitos establecidos
	Utilización de bienes destinados a servicios sociales y culturales del personal, incluidos los locales debidamente homologados por la Administración pública competente, destinados por el empresario a prestar el primer ciclo de educación infantil a los hijos de sus trabajadores, así como la contratación de dicho servicio con terceros debidamente autorizados.					Importe	—
	Entrega gratuita o por precio inferior al del mercado de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades.					Hasta 12.000 euros anuales	El exceso de tales importes y/o no se cumplan requisitos establecidos
	Primas de contrato de seguro de accidente de trabajo o responsabilidad civil del trabajador.					Importe	—
	Primas de contrato de seguro para enfermedad común trabajador (más cónyuge y descendientes).					Hasta 500 euros anuales por cada una de las personas incluidas	El exceso de tales importes
	La prestación del servicio de educación preescolar infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal del mercado.					Importe	—

(*) Estarán excluidas de la base de cotización siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción otorgada por el sistema en su modalidad contributiva, es decir, siempre que impliquen únicamente un plus de percepción sobre las prestaciones del sistema en su modalidad contributiva, supuesto en el que tendrán la consideración de mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social.
Fuente: http://www.seg-social.es

Tabla 4. Bases de cotización

Grupo de cotización	Categorías profesiones	Bases mínimas	Bases máximas
1	Ingenieros y licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los trabajadores	1.031,70 euros/mes	3.198,00 euros/mes
2	Ingenieros técnicos, peritos y ayudantes titulados	855,90 euros/mes	3.198,00 euros/mes

Web recomendada

Estos importes **son objeto de actualización cada año** (pueden consultarse en www.seg-social.es).

Grupo de cotización	Categorías profesiones	Bases mínimas	Bases máximas
3	Jefes administrativos y de taller	744,60 euros/mes	3.198,00 euros/mes
4	Ayudantes no titulados	738,90 euros/mes	3.198,00 euros/mes
5	Oficiales administrativos	738,90 euros/mes	3.198,00 euros/mes
6	Subalternos	738,90 euros/mes	3.198,00 euros/mes
7	Auxiliares administrativos	738,90 euros/mes	3.198,00 euros/mes
8	Oficiales de primera y segunda	24,63 euros/día	106,60 euros/día
9	Oficiales de tercera y especialistas	24,63 euros/día	106,60 euros/día
10	Peones	24,63 euros/día	106,60 euros/día
11	Trabajadores menores de 18 años, cualquiera que sea su categoría profesional	24,63 euros/día	106,60 euros/día

7.2.3. Cuota

La cuota es el resultado de aplicar el tipo de cotización a la base de cotización, una vez deducido el importe de las bonificaciones que resulten aplicables.

Ved también

Pueden consultarse ejemplos de cálculo de estos parámetros en el apartado "**Actividades**" de este módulo.

Es importante retener que, en general, las bonificaciones que se aplican en los planes de fomento del empleo se refieren únicamente a las cuotas empresariales. Estas medidas de fomento del empleo sufren una mutación vertiginosa. En la actualidad, la política de empleo viene regulada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de Mejora del Crecimiento y del Empleo, modificada recientemente por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre (referencia base de datos Aranzadi: RCL 2006/2324); el Decreto Ley 10/2010, 16 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo.

7.2.4. Dinámica de la cotización

La obligación de cotizar nace con el inicio de la prestación de trabajo (art. 106.1 LGSS), y se mantiene durante todo el tiempo que el trabajador esté en alta o preste sus servicios (art. 106.2 LGSS).

La obligación de cotizar continúa en la situación de incapacidad temporal (cualquiera que sea su causa), en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, y en los supuestos asimilados al alta en que así se hubiera previsto (art. 106.4 LGSS).

Pese a existir dos sujetos obligados, el sujeto responsable del cumplimiento del pago es el empresario; es decir, es quien tiene que ingresar en su totalidad las aportaciones dinerarias (cuotas), las suyas y las de los trabajadores (art. 104.1 LGSS y 22.6 Decreto 2064/1995). Lo que significa que el empresario es responsable de lo siguiente:

1) calcular el importe de la cuota;

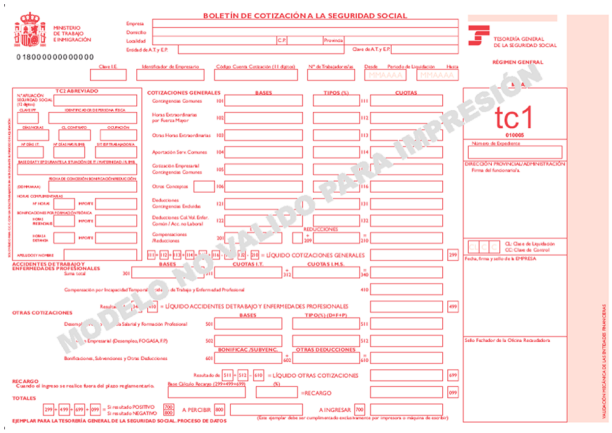
2) descontar a los trabajadores de sus retribuciones la aportación que les corresponda abonar;

3) deducir, en su caso, el importe de las bonificaciones y/o reducciones que resulten aplicables, sin perjuicio de que su cuantía pueda ser fijada directamente por las normas reguladoras de la cotización en los distintos regímenes del sistema;

4) ingresar dicha cantidad y los conceptos de recaudación conjunta en las entidades financieras (bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito o cajas rurales) autorizadas para actuar como oficina recaudadora.

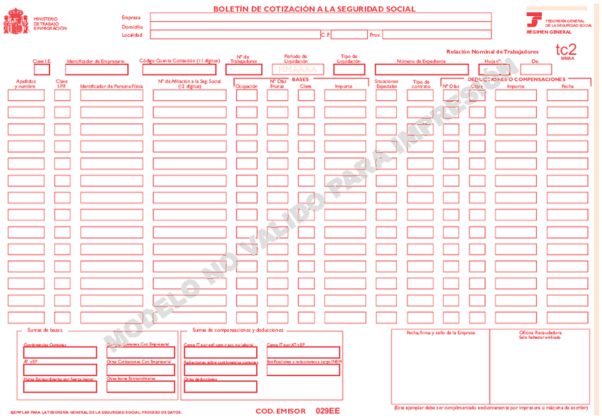
5) El ingreso se efectúa por meses vencidos a favor de la TGSS mediante los documentos de ingreso oficiales denominados TC1 (boletín de cotización al Régimen General de Seguridad Social) y TC2 (relación nominal de trabajadores).

Estos documentos reflejan el importe total de las cuotas que hay que ingresar y la relación nominal de los trabajadores con sus bases de cotización.



TC1

El empresario hace constar las bases y tipos de cotización, las cuotas resultantes y recargos y, en su caso, el importe de lo satisfecho a sus trabajadores por pago delegado.


BOLETÍN DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

tc2

MODELO NO VÁLIDO PARA INGRESOS

COD. EMISOR 029EE

TC2

El empresario hace constar por cada trabajador, su nombre y apellidos, número de afiliación, días de permanencia en alta, tipo de contrato, bases de cotización, prestaciones abonadas por pago delegado, bonificaciones y deducciones.

Previa autorización de la TGSS, la presentación nominal de los trabajadores (TC2) o los datos de tales relaciones nominales pueden presentarse a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos. La presentación de la relación nominal de trabajadores (TC2) puede presentarse en soporte magnético; aunque también se prevé el tráfico de datos entre las empresas y la TGSS por medio de lo que se conoce como sistema RED.

La obligación de cotizar sólo se extingue con la solicitud en regla de la baja en el Régimen General ante la TGSS; aunque –recuérdese– esta comunicación no la extingue si el trabajador continúa prestando sus servicios (art. 106.3 LGSS).

En el caso de que el empresario en el momento de abonar la retribución a los trabajadores no descontara la aportación que corresponde a cada uno de ellos, no puede realizarlo con posterioridad, por lo que "queda obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo" (art. 104.2 LGSS).

Esta responsabilidad empresarial se ve reforzada con la de terceros en determinadas circunstancias: contratas y subcontratas con el empresario principal con carácter solidario (art. 42 ET), cesión ilegal de trabajadores entre empresario cedente y el cesionario con carácter solidario (art. 43.2 ET), subrogación de empresas entre el nuevo empresario y el anterior solidariamente (art. 44 ET) y en empresas de trabajo temporal, con la empresa usuaria de forma subsidiaria o solidaria según los casos (art. 16.3 Ley 14/1994).

El incumplimiento del empresario de pagar sus propias cuotas y recaudar e ingresar las de los trabajadores puede originar graves consecuencias jurídicas y económicas:

1) Imposición de un recargo por mora en determinados supuestos.

Si ha transcurrido el plazo reglamentario para el pago de las cuotas a la Seguridad Social sin que se hayan ingresado, se devenga automáticamente los siguientes recargos:

a) Presentación dentro del plazo reglamentario. Si los sujetos responsables hubieran presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario.

- Recargo del 3% de la deuda si se abonan las cuotas debidas dentro del primer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario.
- Recargo del 5% de la deuda si se abonan las cuotas debidas dentro del segundo mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario.
- Recargo del 10% de la deuda si se abonan las cuotas debidas dentro del tercer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario.
- Recargo del 20% de la deuda si se abonan las cuotas debidas a partir del tercer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario.

b) Ingreso sin presentación de los documentos de cotización en plazo

- Recargo del 20% de la deuda si se abonan las cuotas debidas antes de la terminación del plazo de ingreso establecido en la reclamación de deuda o acta de liquidación.

- Recargo del 35% de la deuda si se abonan las cuotas debidas a partir de la terminación de dicho plazo de ingreso.

c) Intereses de demora

- Se devengarán a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso de las cuotas, si bien serán exigibles una vez transcurridos quince días desde la notificación de la providencia de apremio o comunicación del inicio del procedimiento de deducción sin que se haya abonado la deuda.

- Los intereses de demora exigibles serán los que haya devengado el principal de la deuda y el recargo aplicable en el momento del pago desde la fecha en que sean exigibles.

2) Está tipificado como una infracción grave la no presentación, en el plazo reglamentario, de los documentos de cotización cuando no se ingresen en el mismo las cuotas ni se tenga solicitado aplazamiento de pago, y la no transmisión o no acogimiento de los datos de cotización por los obligados o acogidos a la utilización de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos (art. 22 LISOS). Del mismo modo, si el empresario retiene indebidamente, sin ingresar dentro del plazo, la cuota descontada a los trabajadores (art. 23 LISOS).

3) Abono de las prestaciones a las que tenga derecho el trabajador en el caso de que se declare al empresario responsable (art. 126.2 LGSS); responsabilidad que se extiende a los empresarios relacionados en virtud de una contrata, o bien en los supuestos de sucesión de empresas (art. 127 LGSS).

8. Las contingencias protegidas

Las contingencias son las necesidades sociales cubiertas por el Sistema de Seguridad Social por medio de la correspondiente prestación.

El Sistema español de Seguridad Social contributivo sólo protege aquellas necesidades tipificadas legalmente (art. 2 LGSS). Y estas prestaciones son: alteración de la salud, maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo y la lactancia, incapacidad temporal y permanente para el trabajo, muerte y supervivencia, vejez, desempleo y familia.

La acción protectora del Sistema de la Seguridad Social comprende (art. 38.1 LGSS):

- la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo (así como la recuperación profesional cuando sea preceptiva);

- las prestaciones de carácter económico.

El acceso a estas prestaciones está condicionado a que, en el momento en que se produce el hecho causante, se reúnan los requisitos que para cada caso prevé la ley. Básicamente estos requisitos son: estar de alta o situación asimilada al alta y reunir un número mínimo de cotizaciones, o **período de carencia**, con carácter general.

La intensidad de la protección dispensada por el Sistema de la Seguridad Social varía, en términos de protección y de requisitos para el acceso a las prestaciones, en función de la naturaleza de la contingencia. Si el riesgo protegido deriva del trabajo, se habla de **contingencias profesionales**. En cambio, si no deriva del trabajo, se habla de **contingencias comunes**.

La contingencia profesional puede derivar de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Y la contingencia común puede derivar de accidente no laboral o enfermedad común.

8.1. Accidente de trabajo

Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena (art. 115.1 LGSS).

Los elementos caracterizadores del accidente de trabajo son los siguientes:

1) Realizar un trabajo por cuenta ajena. Se entiende por tal a los trabajadores que tengan una relación laboral como la descrita en los artículos 1 y 2 del ET (así como los asimilados que se encuentren dentro del Régimen General), siempre que dicha relación esté viva (no se puede extender, por ejemplo, a las situaciones suspensivas de la relación de trabajo).

2) Existencia de una lesión corporal. En el ordenamiento jurídico español, la lesión no sólo debe ser súbita, violenta y externa, sino que también puede extenderse a aquellas patologías que, sin ser calificadas como enfermedades profesionales, se producen de un modo lento y progresivo.

Luego, se incluyen dentro del concepto de accidente de trabajo:

- las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo (art. 115.2.e LGSS);
- las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente (art. 115.2.f LGSS);
- aquellas lesiones derivadas del accidente cuyas consecuencias resultaran alteradas por circunstancias no laborales, como enfermedades intercurrentes o afecciones adquiridas en el nuevo medio en el que se coloque el paciente; por ejemplo, tratamientos erróneos, complicaciones, nuevas afecciones, efectos secundarios, etc. (art. 115.2.g LGSS).

3) Existencia de una relación entre la lesión y el trabajo. El trabajo ha de ser el origen causal de la lesión, aunque se admite que entre ambos exista una relación indirecta.

En este sentido, se entiende que el trabajo origen de la lesión será el que normalmente realice el trabajador dentro de su categoría profesional.

Concepto que se extiende a las siguientes situaciones:

- los accidentes que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos (art. 115.2.b LGSS);
- los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa (art. 115.2.c LGSS);
- los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo (art. 115.2.d LGSS).

Es importante tener en cuenta que se presume que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, aunque cabe prueba en contrario (art. 115.3 LGSS). Por consiguiente, es necesario que el esfuerzo del trabajo durante las horas y el lugar de trabajo sea el elemento causante del accidente.

También se califica como accidente de trabajo, aunque se produzca fuera del lugar y del tiempo de trabajo, el que sufra el trabajador al ir o volver del domicilio habitual al lugar de trabajo (*in itinere* –art. 115.2.a LGSS–), siempre que se trate de un trayecto habitual, no interrumpido por motivos de interés personal y a través de un medio de desplazamiento racional o adecuado, cuyo uso no entrañe un riesgo grave e inminente.

Accidente *in itinere*

A la hora de determinar si se ha producido un accidente *in itinere*, es preciso analizar de un modo particularizado las circunstancias concurrentes en cada caso.

No se califica como accidente de trabajo el debido a fuerza mayor extraña al trabajo (esto es, "la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente") o a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado (art. 115.4.a y b LGSS); afirmación que conviene matizar, pues no se califica como fuerza mayor "la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza" y tampoco se califica como temeraria "la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira" (apartados 4.a. y 5.b del art. 115 LGSS). Como vemos, existe una gran casuística al respecto.

8.2. Enfermedad profesional

Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades listadas y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que se indiquen para cada enfermedad profesional (art. 116 LGSS).

8.3. Accidente no laboral y enfermedad común

Los accidentes no laborales son los que no tienen el carácter de accidente de trabajo, las enfermedades comunes y las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales (art. 117 LGSS).

Accidente no laboral y enfermedad común

La definición de estos conceptos viene determinada por los riesgos que no puedan subsumirse en el concepto de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

9. Prestaciones contributivas

9.1. Asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria es una de las prestaciones más importantes del Sistema de la Seguridad Social (como atestigua los recursos públicos destinados a su financiación). La LGS anuncia, para dar cumplimiento al derecho constitucional a la salud (art. 43.1 CE), que la "asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española" (art. 3.2; principio de universalidad subjetiva).

Un aspecto destacable es que la generalidad con la que se reconoce la asistencia sanitaria no debe entenderse como indicadora de la gratuidad de la prestación sanitaria. Esta gratuidad sólo se predica con respecto a determinados colectivos. En primer lugar, abarca a las personas afiliadas a la Seguridad Social (y sus familiares), así como a determinados colectivos en una situación similar, siempre que se cumplan determinados requisitos. En segundo lugar, la gratuidad también se extiende a las personas que, no estando integradas en el primer grupo, acrediten que no tienen recursos económicos (ved al respecto el párrafo 2.° del artículo 1 Decreto 1088/1989). Así pues, las personas que no estén integradas en el Sistema de la Seguridad Social y que tengan recursos económicos serán atendidos en los centros hospitalarios de la Seguridad Social como pacientes privados, esto es, deben abonar el importe del gasto sanitario ocasionado (art. 16 LGS).

Por otra parte, el beneficiario-enfermo no es libre de acudir, a costa de la Seguridad Social, a los servicios sanitarios que más le convengan (STS 20 de enero de 1987, RJ 880) o a los que le ofrezcan las máximas garantías de curación (STS 14 de diciembre de 1988, RJ 9617). Esto es así porque la Seguridad Social tiene que responder a normas preestablecidas sobre el alcance de su acción protectora, a fin de garantizar tanto la eficacia en los servicios prestados como la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo que supone la necesidad de un equilibrio entre los intereses individuales y los colectivos.

Medicina privada y pública

En el Sistema de Seguridad Social español no existe un derecho de opción libre del beneficiario entre la medicina pública y la privada.

El artículo 102.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (en adelante, LGSS/74), dispone que "las entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios distintos de los asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen".

Excepcionalmente, el artículo 4.3 Decreto 1030/2006 establece que "la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria **urgente, inmediata y de carácter vital** que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción".

Reintegro de gastos médicos

La apreciación de una situación de **urgencia vital** que justifique el reintegro de los gastos médicos ocasionados por la asistencia sanitaria fuera del Sistema Nacional de Salud debe valorarse de un modo particularizado, atendiendo a las circunstancias de cada supuesto.

Por otra parte, existe una gran controversia en relación con los supuestos de error de diagnóstico y denegación injustificada de asistencia.

9.1.1. Reparto competencial

El Sistema Nacional de Salud disfruta en la actualidad de una gran autonomía en la gestión, pues, todas las comunidades autónomas han asumido las competencias legislativas y ejecutivas que la Constitución les permite en materia sanitaria.; de modo que los respectivos servicios de salud integran el Sistema Nacional de Salud. Tras la culminación del proceso de transferencia de competencias sanitarias a las comunidades autónomas, la Ley 16/2003 ha ordenado dicho sistema desde el punto de vista financiero y competencial.

Gestión estatal

La gestión estatal de las prestaciones sanitarias se mantiene únicamente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

9.1.2. Beneficiarios

Las contingencias protegidas por esta prestación son: enfermedad común o profesional, lesiones derivadas de accidente (con independencia de la causa laboral o no), maternidad, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural (art. 38.1.a LGSS).

9.1.3. Beneficiarios por contingencias profesionales y maternidad

Los trabajadores asimilados y por cuenta ajena son beneficiarios de la prestación de asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 100.2 LGSS/74); incluso aunque no estén en alta (en este caso se entiende que están en alta de pleno derecho: art. 125.3 LGSS). Situación en la que la entidad gestora o la mutua están obligadas a prestar la asistencia sanitaria, sin perjuicio de la responsabilidad del empresario (art. 10 Decreto 2766/1967).

Por otro lado, tienen derecho a la asistencia sanitaria por maternidad (art. 14.1 Decreto 2766/1967 y art. 12.4 LO 4/2000):

- las trabajadoras afiliadas y en alta;
- las pensionistas y perceptoras de prestaciones periódicas;
- las beneficiarias a cargo de titulares del derecho a asistencia sanitaria por causas comunes;

- las esposas de los trabajadores titulares;
- las trabajadoras extranjeras comprendidas en el Régimen General;
- las extranjeras embarazadas que se encuentren en España en relación con el embarazo, el parto y el puerperio.

9.1.4. Beneficiarios por contingencias comunes

Los principales beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad común y accidente no laboral son los siguientes (art. 100.1 LGSS/74):

- trabajadores afiliados y en alta (según el artículo 125.3 de la LGSS, a efectos de asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral, los trabajadores se consideran en alta de pleno derecho; también tienen derecho a esta prestación los que estén en situación asimilada al alta (por ejemplo, en situación de huelga);

- pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas (por ejemplo, perceptores de prestaciones por muerte);

- familiares o asimilados a cargo de los titulares (por ejemplo, cónyuges, ascendientes, hermanos y descendientes, sin límite de edad, tanto del titular como de su cónyuge);

- personas sin recursos económicos suficientes (ved Decreto 1088/1989);

- extranjeros (según el artículo 12 de la LO 4/2000, con independencia de su situación administrativa, los extranjeros empadronados en el municipio donde tengan su domicilio habitual tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles; además, se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los menores de 18 años y a las mujeres embarazadas (durante el embarazo, parto y postparto) y, en los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, a todos los extranjeros que se encuentren en España, cualquiera que sea su causa: art. 12 LO 4/2000).

9.1.5. Prestaciones

La asistencia sanitaria tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos y cuantos los complementen conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios, así como su aptitud profesional para el trabajo de los trabajadores.

En concreto, comprende las siguientes prestaciones:

1) Médicas: hay dos tipos de prestaciones médicas: a) asistencia primaria (que incluye también la atención domiciliaria y de urgencia); b) atención especializada, que integra la asistencia hospitalaria y los servicios de urgencia hospitalaria (ved al respecto Ley 16/2003 y tabla 3 y 4 Decreto 1030/2006).

2) Farmacéuticas: según el artículo 16 Ley 16/2003, "la prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas, según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad".

Es importante tener en cuenta que la prestación farmacéutica no comprende la totalidad de medicamentos, de modo que el Gobierno está facultado para decidir la exclusión total o parcial de algunos (ved art. 89.2 y D. Ad. 5.ª Ley 29/2006).

En cuanto a su financiación, se prevé, por decisión del Gobierno, su dispensación gratuita (por ejemplo, pensionistas o colectivos asimilados, tratamientos derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional), o bien mediante la participación en el pago (que puede ser del 10% del coste) sin que se supere una determinada cantidad de euros, o del 40% según los casos (art. 94.1 Ley 29/2006, Decreto 83/1993; Decreto 945/1978 y Decreto 9/1996).

3) Prestaciones recuperadoras: relativas a la rehabilitación del paciente en todos los aspectos de su persona, tanto desde el punto de vista de la salud como de su vida profesional (arts. 38.1.b y 54 LGSS, tabla 3 y 4 Decreto 1030/2006).

4) Prestaciones complementarias o especiales, como la prestación ortoprotésica, transporte sanitario y productos dietéticos (arts. 17 a 19 Ley 16/2003).

9.2. Incapacidad temporal

Incapacidad temporal

Es una circunstancia que justifica la suspensión de la relación de trabajo, con el consiguiente derecho del trabajador a la reserva del puesto de trabajo (art. 45.1.c ET).

La incapacidad temporal es una situación de alteración de la salud causada por accidente o enfermedad, que imposibilita temporalmente la prestación de trabajo y que requiere asistencia (art. 128.1 LGSS). Se trata de un riesgo cubierto por el Sistema de la Seguridad Social por medio de dos prestaciones: una en especie, asistencia sanitaria, y un subsidio dirigido a compensar la pérdida de ingresos derivada de la inactividad laboral.

La incapacidad temporal también se refiere a los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescribe la baja en el trabajo durante su transcurso (art. 128.2 LGSS).

Aunque la incapacidad permanente también imposibilita la prestación de trabajo, se diferencia de la incapacidad temporal por la duración de la misma, pues es más prolongada, o bien se presume indefinida.

1) Así, la incapacidad temporal derivada de accidente o enfermedad puede prolongarse durante un período de 365 días, prorrogable por otros 180 días cuando se presuma que, durante ellos, puede el trabajador ser dado de alta médica por curación (art. 128.1 LGSS).

Incapacidad temporal y cotización

Durante los 545 primeros días de incapacidad temporal, la obligación de cotizar se mantiene (art. 131.bis.2 LGSS).

Excepcionalmente, es posible que se prolongue 185 días más (por tanto, en total, hasta 730 días) si, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación.

2) La incapacidad temporal en los períodos de observación por enfermedad profesional puede prolongarse con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

Si, superados estos períodos máximos, persiste la imposibilidad de prestar el trabajo, pueden darse las siguientes situaciones:

- Puede declararse el alta de la incapacidad temporal con propuesta de incapacidad permanente del trabajador, siempre que cumpla los requisitos establecidos para el acceso a esta prestación. Aunque pueda resultar paradójico, el alta (y la consiguiente extinción del subsidio) no se identifica con la plena recuperación del trabajador.

- Si no cumple con los requisitos para acceder a la prestación de incapacidad permanente, también puede ser dado de alta (a efectos de la extinción del subsidio). En tanto que la incapacidad que imposibilita persista y que el trabajador no pueda efectivamente reincorporarse, el empresario, si lo estima conveniente, puede tratar de proceder a la extinción del contrato por medio de la fórmula resolutoria prevista en el artículo 52 del ET.

9.2.1. Beneficiarios

El percibo de la prestación económica está condicionado al hecho de estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta. Además (art. 130 LGSS):

Incapacidad temporal y huelga

Durante la situación de huelga legal o cierre patronal no hay alta ni tampoco situación asimilada al alta a efectos de la incapacidad temporal. Y durante las situaciones de huelga y cierre patronal, el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal (art. 131.3 LGSS).

- en caso de enfermedad común, es preciso haber cumplido un período mínimo de cotización (período de carencia) de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante;

- en caso de accidente (laboral o no) y enfermedad profesional, no se exige ningún período previo de cotización.

9.2.2. Prestación

La prestación económica es el resultado de aplicar un porcentaje sobre una base reguladora:

1) Si la incapacidad deriva de accidente no laboral o enfermedad común, la base reguladora coincide con la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la fecha de inicio de la incapacidad.

En este caso, la cuantía de la prestación es el resultado de aplicar un porcentaje variable sobre la base reguladora:

a) Desde el 4.° al 20.° día, el 60% de la base reguladora.

b) Desde el 21.° en adelante, el 75% de la base reguladora.

Como se verá, desde el primero al tercer día, el trabajador, salvo que se prevea otra cosa (por ejemplo, en el convenio colectivo), no tiene derecho a prestación alguna.

2) Si la incapacidad deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la base reguladora es el resultado de sumar la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior, excluidas las horas extraordinarias y el promedio de horas extraordinarias de los doce meses anteriores al inicio de la incapacidad temporal.

Base de la cotización

La base de cotización por contingencias profesionales es el resultado de sumar las horas extraordinarias a la base de cotización por contingencias comunes.

En este caso, la cuantía de la prestación es el resultado de aplicar el 75% de la base reguladora. Ésta y el porcentaje también son aplicables a los períodos de observación por enfermedad profesional.

9.2.3. Dinámica de la prestación

Si la incapacidad deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el subsidio empieza a cobrarse a partir del día siguiente a la fecha del hecho causante. El día del accidente corre a cargo de la empresa (art. 131.1 LGSS).

Aunque el responsable de la prestación es la entidad gestora, la mutua o la empresa colaboradora, se establece un pago por delegación por parte de la empresa; de modo que anticipa el importe de la prestación y luego se lo deduce de las cuotas de la Seguridad Social del mes corriente.

Si la incapacidad temporal deriva de accidente no laboral o enfermedad común, se establecen las siguientes reglas (art. 131.1 LGSS):

- Del 1.° al 3.° día, el trabajador no tiene derecho a prestación alguna (salvo que lo hubiera previsto, por ejemplo, el convenio colectivo).

- Del 4.° al 15.° día, la prestación corre a cargo exclusivamente del empresario.

Si no la abona, la entidad gestora es responsable subsidiaria.

3) Del 16.° en adelante, la prestación corre a cargo de la entidad gestora o de la mutua (si el empresario hubiera optado por esta opción), o bien del propio empresario en los casos de colaboración voluntaria.

Aunque el responsable de la prestación es la entidad gestora, la mutua o la empresa colaboradora, se establece también un pago por delegación por parte de la empresa. De modo que anticipa el importe de la prestación y luego se lo deduce de las cuotas de la Seguridad Social del mes corriente. Por tanto, no debe confundirse el pago delegado, con la responsabilidad empresarial de los días 4.° al 15.°, pues en este caso no hay reembolso posible.

9.2.4. Extinción

El derecho al subsidio se extingue en los siguientes supuestos (art. 131.bis LGSS):

- expiración del tiempo máximo establecido para la situación de IT;
- alta médica del trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente;
- reconocimiento de una prestación de jubilación;
- incomparecencia injustificada a cualquiera de los exámenes y reconocimientos médicos establecidos por los médicos de la entidad gestora o la mutua;
- fallecimiento;
- alta médica, persistiendo la incapacidad imposibilitante, pero sin posibilidad de reconocer la prestación de incapacidad permanente por no reunir los requisitos exigidos.

9.3. Maternidad

La prestación de maternidad cubre las siguientes situaciones: la maternidad, la adopción y el acogimiento (preadoptivo, permanente y simple), así como el acogimiento provisional (art. 133.bis LGSS) de un menor de 6 años o de menores de edad que superen esta edad y tengan una discapacidad o especiales dificultades de inserción social y familiar.

La contingencia de maternidad está cubierta por la prestación de asistencia sanitaria (si es biológica, claro está), y también puede dar derecho a una prestación económica.

9.3.1. Beneficiarios

Son beneficiarios del subsidio los trabajadores por cuenta ajena (cualquiera que sea su sexo) que disfruten de los descansos previstos en el ET en las situaciones mencionadas (arts. 48.4 y 48.bis ET), siempre que estén en situación de alta o asimilada al alta (ved art. 4 Decreto 295/2009).

Es importante tener en cuenta que el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que el padre también disfrute de la prestación por maternidad. Puede suceder, por ejemplo, si la madre fallece, o bien si ha optado por ceder el derecho a favor del padre, o bien si la madre no cumple con el período de cotización legalmente exigido y el otro progenitor sí. Se debe respetar, según los casos, el período de descanso obligatorio de seis semanas, inmediatamente posterior al parto.

Prestación por maternidad

Protege tanto la maternidad biológica como la adopción o el acogimiento, lo que significa que la protección se ha extendido a personas de uno u otro sexo.

9.3.2. Prestación

El percibo de la prestación está condicionado a la acreditación de un periodo mínimo de cotización que varía en función de la edad del beneficiario (art. 133.ter LGSS). Así:

- si tiene menos de 21 años, no se exige un periodo mínimo de cotización previo;
- si tiene entre 21 y 26 años en la fecha de inicio del descanso, debe tener 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento del parto o 180 días a lo largo de su vida laboral;
- si tiene más de 26 años, debe acreditar 180 días en los últimos siete años o 360 días en toda su carrera laboral.

En caso de parto, si se está en situación de alta o asimilada al alta pero no se reúne este período mínimo de cotización, se prevé la posibilidad de percibir una prestación especial (art. 133.sexies LGSS) de 42 días, equivalente al 100% del IPREM (art. 133.septies LGSS; ved también arts. 16 a 21 Decreto 295/2009).

Subsidio especial

En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, además se tiene derecho al percibo de un subsidio especial (art. 6.2 Decreto 295/2009).

La prestación económica es el resultado de aplicar un porcentaje sobre una base reguladora. En concreto, el subsidio es equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (art. 133.quater LGSS y art. 6 Decreto 295/2009).

La duración del subsidio se corresponde con la de los períodos de descanso previstos en el artículo 48.4 del ET. En concreto, sin perjuicio de la posibilidad de que su disfrute sea compartido, tendrá una duración de dieciséis semanas en caso de parto, adopción y acogimiento de menores de hasta 6 años, o bien de menores mayores de 6 años si presentan discapacidad o tienen especiales dificultades de inserción social y familiar; duración que se amplía en dos semanas por cada hijo, a partir del segundo si es múltiple, y también en caso de discapacidad del hijo, si es superior al 33% (ved Decreto 1971/1999).

9.3.3. Dinámica de la prestación

El pago del subsidio se realiza por periodos vencidos. Las prestaciones económicas por maternidad son gestionadas directamente por el INSS, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas (art. 12 Decreto 295/2009).

9.3.4. Extinción

La percepción del subsidio se extingue en los siguientes supuestos (art. 8.12 Decreto 295/2009):

- por el transcurso de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso;

- por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del periodo de descanso; y si el disfrute es sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso;

- por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente;

- por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.

9.4. Paternidad

El subsidio por paternidad está vinculado al ejercicio de la suspensión por paternidad prevista en el artículo 48.bis del ET. Por consiguiente, tiene derecho el otro progenitor (o cualquiera de los adoptantes o acogedores) en los mismos supuestos que dan origen al subsidio por maternidad.

9.4.1. Beneficiarios

Para ser beneficiario de esta prestación, se exige que la persona se encuentre afiliada y en alta, o en situación similar al alta, y acredite un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión por paternidad o, alternativamente, de 360 días a lo largo de la vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha (art. 133.nonies LGSS y art. 23 Decreto 295/2009).

En concreto (art. 23.2 y 3 Decreto 295/2009):

- En el supuesto de parto, el subsidio corresponderá en exclusiva al otro progenitor.
- En el supuesto de adopción o acogimiento, el derecho al subsidio corresponderá sólo a uno de los progenitores, según elección de los interesados. No obstante, cuando el periodo de suspensión o permiso por maternidad sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el subsidio por paternidad se reconocerá en favor del otro progenitor.
- En los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad.

9.4.2. Prestación

La prestación consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, que toma como referencia la fecha de inicio del descanso (art. 133.decies LGSS y 25 Decreto 295/2009).

La duración del subsidio es equivalente a la del periodo de descanso que se disfrute según lo previsto en el artículo 48.bis ET (en general, 13 días: art. 26 Decreto 295/2009).

Permiso de paternidad

Conviene tener en cuenta que, a partir del 1 de enero 2011, la duración de la suspensión del contrato será de cuatro semanas (Ley 9/2009).

9.4.3. Dinámica de la prestación

El subsidio se abonará en un único pago y es gestionado directamente por el INSS, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas (art. 29 Decreto 295/2009).

9.4.4. Extinción

El subsidio por paternidad se extingue en los siguientes casos (art. 26.8 Decreto 295/2009):

- transcurso del plazo de duración establecido;
- reincorporación voluntaria al trabajo o actividad;
- acceso a la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente;
- fallecimiento del beneficiario.

9.5. Riesgo durante el embarazo

Según el artículo 134 LGSS, esta prestación está dirigida a proteger el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora embarazada cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (ved art. 26.2 y 3 LPRL).

Es una contingencia distinta de la maternidad y de la incapacidad temporal, y tiene la consideración de contingencia profesional (art. 134 LGSS).

9.5.1. Beneficiarios

Son beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena siempre que estén afiliadas y en alta. Al tratarse de una contingencia profesional, si la trabajadora no estuviera afiliada y/o en alta, debe entenderse que está en alta de pleno derecho. Por otra parte, no se exige un período de cotización mínimo alguno (art. 32.3 Decreto 295/2009).

9.5.2. Prestación

La cuantía de la prestación es del 100% de la base reguladora prevista para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales (art. 135.3 LGSS y art. 34 Decreto 295/2009).

9.5.3. Dinámica y extinción de la prestación

El nacimiento de la prestación se produce el día en que se inicie la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. El subsidio se abona por la entidad gestora o por a mutua con la que la empresa tuviera concertada la cobertura de las contingencias profesionales, por períodos vencidos.

La prestación deja de abonarse o bien porque se inicia la suspensión de la relación de trabajo por maternidad, o bien porque la trabajadora ha podido reincorporarse a su puesto de trabajo anterior (por desaparecer el riesgo que le amenazaba) o a otro compatible con su estado (art. 135 LGSS y art. 35 Decreto 295/2009).

9.6. Riesgo durante la lactancia natural

Los artículos 45.1.d) y 48.5 ET prevén la suspensión de la relación de trabajo en las situaciones de riesgo durante la lactancia natural. La suspensión procede cuando el puesto de trabajo genera un riesgo para la lactancia natural de hijos menores de nueve meses y no es posible adaptar las condiciones de trabajo o cambiar a la trabajadora a otro puesto compatible (ved art. 26.4 LPRL). El artículo 38.1.c) LGSS califica esta situación como una contingencia merecedora de protección, y los artículos 135.bis y 135.ter LGSS regulan el régimen jurídico de la prestación económica (ved también arts. 49 y ss. Decreto 295/2009); cuyo reconocimiento se producirá cuando se haya extinguido el período de descanso por maternidad.

Según el artículo 135.ter de la LGSS, la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo. No obstante, matiza que se extinguirá en el momento

en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

La gestión y pago de la prestación se realizará por la entidad gestora o colaboradora que tenga cubierta con la empresa la obertura de las contingencias profesionales en el momento de la suspensión del contrato o actividad.

9.7. Incapacidad permanente

Es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitiva, que disminuyan o anulen su capacidad laboral (art. 136 LGSS).

La incapacidad permanente, con independencia de la causa que la provoque, debe clasificarse en función del porcentaje de reducción de capacidad de trabajo del interesado. Con lo que resultan las siguientes categorías (art. 137 LGSS y D. Trans. 5.ª bis LGSS):

- **Incapacidad parcial:** se refiere a la incapacidad que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

- **Incapacidad permanente total:** se refiere a la incapacidad que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Por tanto, el trabajador debe mantener una capacidad laboral real para dedicarse a otras profesiones distintas de la habitual.

- **Incapacidad permanente absoluta:** se refiere a la incapacidad que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

- **Gran invalidez:** se refiere a la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

9.7.1. Beneficiarios

Las condiciones para ser beneficiario de esta prestación varían en función de la naturaleza de la contingencia.

1) Por **contingencias comunes** (esto es, enfermedad común o accidente no laboral).

Son beneficiarios los trabajadores en alta o asimilada al alta siempre que tengan un período mínimo de cotización, que varía según la edad (art. 138.2 LGSS).

- Si el sujeto causante tiene menos de 31 años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante de la pensión.
- Si el causante tiene cumplidos 31 años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los 20 años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.
- En el caso de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, el período mínimo de cotización exigible será de 1.800 días, que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

El "hecho causante" para estos trabajadores se entiende producido el día en el que se haya agotado la incapacidad temporal o la fecha en la que se ha emitido el dictamen-propuesta de la incapacidad permanente.

No obstante, si se trata de un accidente no laboral, no se exige cotización mínima.

Si el trabajador no estuviera en alta o en situación asimilada al alta, puede acceder a la prestación si acredita el grado de absoluta o gran invalidez, con un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales una quinta parte debe estar comprendida en los últimos diez años anteriores al hecho causante (art. 138.3 LGSS).

2) Por **contingencias profesionales** (esto es, enfermedad profesional o accidente de trabajo). No es preciso un período previo de cotización.

Incapacidad permanente y 65 años de edad

Según el artículo 138.1 de la LGSS, no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente, tenga 65 años y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de la Seguridad Social.

9.7.2. Prestación

La cuantía de la prestación económica por incapacidad permanente es el resultado de aplicar un porcentaje o un multiplicador a un parámetro denominado "base reguladora", constituida por el promedio de las bases de cotización correspondientes a un período anterior al hecho causante de la prestación.

Los distintos grados de incapacidad dan derecho a alguna o algunas de las siguientes prestaciones económicas:

- cantidad a tanto alzado,
- pensión vitalicia.

Lectura recomendada

Roqueta Buj (2000). *La incapacidad permanente*. Madrid: CES.

1) Incapacidad permanente parcial

La prestación económica consiste en una indemnización a tanto alzado (art. 139.1 LGSS). El importe de esta indemnización será equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que sirvió para el cálculo del subsidio de incapacidad temporal del que se deriva la incapacidad permanente (art. 9 Decreto 1646/1972).

Compatibilidad con el trabajo

La indemnización es compatible con el trabajo que estuviera realizando el beneficiario o con cualquier otro, pues su estado no le imposibilita para desempeñar las tareas fundamentales de su profesión.

2) Incapacidad permanente total

La prestación es una pensión vitalicia del 55% de la base reguladora.

El cálculo de la base reguladora varía en función de las siguientes situaciones:

- *Incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional*: la base reguladora se calcula según el salario realmente percibido por el trabajador.
- *Incapacidad permanente derivada de accidente no laboral*: la base reguladora es el cociente que resulte de dividir la suma de 24 mensualidades por 28, elegidos por el beneficiario en los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante.
- *Incapacidad permanente derivada de enfermedad común*: la base reguladora es el resultado de dos operaciones. Primero, es el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante. Y segundo, a este resultado se le aplica un porcentaje en función de los años de cotización, tal y como se prevé en el artículo 163.1 de la LGSS (art. 140.1 LGSS).

Este porcentaje puede verse ampliado en veinte puntos (puede llegar, por tanto, al 75% de la base reguladora) en función de las circunstancias personales o sociolaborales del afectado que evidencien la dificultad para hallar un nuevo empleo (art. 139.2 LGSS).

Compatibilidad con el trabajo

La pensión de incapacidad permanente total es compatible con el trabajo desempeñado en otra profesión, existiendo la posibilidad de que el trabajador vea reducido su salario (art. 141.1 LGSS).

No obstante, esta prestación puede excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario sea menor de 60 años (art. 139.2 LGSS).

3) Incapacidad permanente absoluta

A efectos del cálculo de la base reguladora, se aplican las mismas reglas que en la incapacidad permanente total.

Teniendo en cuenta que puede accederse a esta prestación en situaciones en las que el trabajador no está en alta o en asimilada al alta (siempre, recuérdese, que acredite un período de cotización de quince años), la base reguladora se calcula del mismo modo que en los supuestos de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común (art. 140.3 LGSS).

Compatibilidad con el trabajo

Las pensiones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez no impiden el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, incluso si provocan un alta y cotización en un régimen de Seguridad Social (art. 141.2 LGSS).

La prestación es una pensión vitalicia del 100% de la base reguladora.

4) Gran invalidez

A efectos del cálculo de la base reguladora, se aplican las mismas reglas que en la incapacidad permanente total y en la absoluta.

La prestación es una pensión vitalicia del 100% de la base reguladora, incrementada en una determinada cuantía a fin de remunerar a la persona que atiende al beneficiario.

La cuantía de este complemento es el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que deriva la incapacidad permanente, esto es, accidente laboral o no y enfermedad profesional o común (art. 139.4 LGSS).

9.7.3. Dinámica de la prestación

El Instituto Nacional de la Seguridad Social, en todas las fases del procedimiento, es el único responsable de declarar la situación de invalidez permanente a efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas (art. 143.1 LGSS).

El nacimiento de la prestación por incapacidad permanente está condicionado a la declaración de incapacidad permanente del interesado. Y ésta puede derivarse de una situación previa de incapacidad temporal, o bien puede no venir precedida de dicha situación (en este caso, proviene del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades: EVI).

Pese a tratarse de prestaciones, en principio, vitalicias (salvo en caso de incapacidad permanente parcial), debe tenerse en cuenta que el estado de salud del beneficiario puede evolucionar mejorando, o bien agravándose, o incluso puede haberse producido un error de diagnóstico. Por este motivo, se prevé que la resolución que reconozca el derecho a las prestaciones por incapacidad permanente debe hacer constar necesariamente el término a partir del que puede instarse la revisión por agravación o mejoría, siempre que el pensionista no haya alcanzado la edad de 65 años y que pueda dar lugar a modificar el grado de incapacidad o a la extinción de la pensión (art. 143.2 LGSS).

Revisión de la incapacidad permanente

La revisión de la declaración de incapacidad permanente no es posible cuando el beneficiario ha cumplido 65 años porque el Legislador presume que se debe al envejecimiento (ved SSTC 197/2003 y 78/2004).

Los responsables de la prestación por incapacidad permanente pueden ser los siguientes:

- en cualquiera de sus grados, si la incapacidad deriva de enfermedad común o accidente no laboral, el responsable es el INSS;

- en cualquiera de sus grados, si la incapacidad deriva de accidente de trabajo, el responsable será el INSS, o la mutua si la empresa ha optado por la cobertura de estos riesgos.

- Si la incapacidad permanente deriva de enfermedad profesional, la entidad gestora responsable es el INSS.

9.7.4. Extinción

La prestación por incapacidad permanente puede extinguirse por las siguientes circunstancias (art. 22 Orden Ministerial de 15 de abril de 1969):

- por revisión de la incapacidad permanente,
- por reconocimiento de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva,
- por fallecimiento del beneficiario.

9.8. Lesiones permanentes no invalidantes

Son lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una invalidez permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo correspondiente (actualmente, en la Orden de 15 de abril de 1969).

En estos casos, el trabajador tiene derecho a percibir, por una sola vez, una indemnización a tanto alzado por parte de la entidad que estuviera obligada al pago de las prestaciones de invalidez permanente; todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa (art. 150 LGSS).

9.9. Jubilación

La jubilación del trabajador es una causa de extinción del contrato de trabajo siempre que reúna los requisitos legalmente previstos para que se le reconozca la pensión de jubilación. El cese en el trabajo, alcanzada una determinada edad, está configurado en el ordenamiento jurídico español como un derecho y no como una obligación. Por consiguiente, es voluntaria. De tal modo que, aunque se alcance la citada edad de jubilación, el trabajador, si lo desea, puede continuar prestando sus servicios en la empresa.

No obstante, a pesar de este carácter voluntario, es posible que, como medida de política de empleo, se determine, por decisión del Gobierno o por medio de la negociación colectiva (ved STC 22/1981), una edad de jubilación forzosa, y que se produzca la extinción del contrato de forma automática en el momento en que el trabajador alcance dicha edad y reúna los requisitos para acceder a la prestación de la Seguridad Social.

La pensión de jubilación consiste en una pensión vitalicia que se reconoce a las personas que, habiendo cumplido determinados requisitos legales, alcanzan una determinada edad y cesan en el trabajo por cuenta ajena (art. 160 LGSS).

El régimen jurídico de la jubilación resulta ciertamente complejo, sobre todo por la variedad de fórmulas previstas en el ordenamiento jurídico. Así:

1) En función de la edad que da acceso a la misma, puede hablarse de **jubilación ordinaria**, o bien de **jubilación anticipada**. Esta última está prevista en los siguientes casos:

Nota

La jubilación anticipada de los mutualistas y de los desempleados con 61 años de edad acarrea una penalización para el beneficiario en la que se aplican unos coeficientes reductores en el cálculo de la prestación.

a) Cuando se refiere a grupos o actividades cuyos trabajos se califiquen como especialmente peligrosos por su toxicidad, insalubridad, etc. (art. 161.bis.1 LGSS).

b) Si afecta a personas con una determinada discapacidad (art. 161.bis.1 LGSS).

c) Si se refiere a personas que en una determinada fecha (1 de enero de 1967) hubieran tenido la condición de mutualista en cualquier mutualidad laboral (D. Trans 3.ª1.2.ª LGSS).

d) Si está referida a desempleados con 61 años de edad y, entre otros requisitos, acrediten un período de cotización de treinta años (art. 161.bis.2 LGSS).

e) Si está referida a trabajadores que como mínimo tengan 61 años de edad (o excepcionalmente, 60), con jornada completa, que tengan acreditados treinta años de cotización y que juntamente con la empresa optan por convertir su contrato a uno a tiempo parcial (por lo que se produce, consiguientemente, una reducción proporcional del salario y de la pensión de jubilación), se debe celebrar un contrato de relevo con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente (art. 12.6 y 7 ET; art. 166.1 y 2 LGSS).

Conviene tener en cuenta que también es posible acceder a la jubilación parcial a partir de los 65 años. En este supuesto, la celebración de un contrato de relevo no es un necesaria, aunque sí es posible (art. 166.1 LGSS).

f) Si se refiere a trabajadores con una edad mínima de 60 años incluidos en planes de reconversión y reindustrialización (Ley 27/1984).

g) Si se refiere a trabajadores con 64 años de edad y la jubilación se liga al fomento del empleo, por lo que se debe celebrar un contrato de trabajo con un desempleado con una antigüedad no inferior a un año (Decreto 1194/1985).

2) En función de las circunstancias que motivan el cese en el trabajo, se habla de **jubilación voluntaria**, o bien de **jubilación forzosa** (cuando así se prevea, por ejemplo, en un convenio colectivo).

3) Y, finalmente, en función de la compatibilidad o no con el trabajo, cabe hablar de **jubilación total**, o bien de supuestos en los que se combina con el trabajo; se distingue en este segundo caso entre **jubilación parcial** (estando empleado se accede parcialmente a la pensión de jubilación, por lo que se

reduce la jornada de trabajo) o **jubilación flexible** (una vez causada la pensión de jubilación se opta por compatibilizarla con un trabajo a tiempo parcial, sin necesidad de celebrar simultáneamente un contrato de relevo: art. 166.1 LGSS).

Lo que se conoce como **prejubilación** no puede calificarse propiamente como jubilación, pues se refiere a una fase de tránsito entre el cese en el trabajo y el acceso a la pensión de jubilación que tiene su origen en un pacto entre empresario y trabajador y que acostumbra a producirse en contextos de reestructuración de plantilla.

A continuación, nos centraremos en el régimen jurídico de la jubilación ordinaria.

9.9.1. Beneficiarios

El reconocimiento de la prestación de jubilación ordinaria está condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Afiliación y alta o situación asimilada al alta (arts. 124.1 y 161.1 LGSS; y art. 1.1 y 2 Orden de 18 de enero de 1967). De todos modos, aunque en el momento del hecho causante no se esté en ninguna de estas situaciones, puede accederse a la pensión de jubilación si se ha cumplido 65 años y se ha cubierto el período mínimo de cotización establecido con carácter general (art. 161.5 LGG y art. 3 Decreto 1647/1997).

- Haber cumplido la edad de 65 años.

- Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, denominado "carencia genérica", de los cuales dos deben estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, denominado "carencia específica" (art. 161.1.b LGSS; y 2.1 Decreto 1647/1997), o bien, desde la fecha en la que se dejó de cotizar, si se accede desde una situación de alta o asimilada al alta en la que no existía la obligación de cotizar.

9.9.2. Prestación

La prestación de jubilación tiene carácter vitalicio (art. 160 LGSS) y su importe es el resultado de aplicar a la base reguladora un porcentaje que varía en función del período de cotización que acredite el beneficiario.

La base reguladora es el cociente que resulte de dividir por 210 las bases de cotización del interesado, durante los 180 meses inmediatamente anteriores a aquel en el que se produzca el hecho causante (art. 162.1 LGSS; y art. 4.1 Decreto 1647/1997).

Pensión de jubilación y compatibilidad con el trabajo

La pensión de jubilación (salvo en los supuestos de jubilación parcial o jubilación flexible) es incompatible con el trabajo por cuenta ajena o propia que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de cualquier régimen de la Seguridad Social, aunque pueden preverse salvedades (art. 165 LGSS).

La escala de porcentajes que hay que aplicar sobre la base reguladora es la siguiente:

- Por los primeros quince años: el 50%.
- Por cada año adicional de cotización comprendido entre el 16.° y el 25.°: 3% por año cotizado.
- Por cada año adicional de cotización a partir del 26.°: el 2% más por año cotizado, sin que el porcentaje, en principio, pueda superar el 100% de la base reguladora.

Tabla 5. Escala de porcentajes sobre la base reguladora

Años cotización	Porcentaje
15 años	50%
16 años	53%
17 años	56%
18 años	59%
19 años	62%
20 años	65%
21 años	68%
22 años	71%
23 años	74%
24 años	77%
25 años	80%
26 años	82%
27 años	84%
28 años	86%
29 años	88%
30 años	90%
31 años	92%
32 años	94%
33 años	96%

Años cotización	Porcentaje
34 años	98%
35 años	100%

- Si se accede a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años y el beneficiario acredita el período mínimo de cotización, por cada año completo que transcurra entre la fecha que cumplió 65 años y el momento del hecho causante, tiene derecho a que se le reconozca un porcentaje adicional consistente en un 2%, que puede elevarse al 3% si el interesado acredita tener cuarenta años de cotización en el momento de cumplir 65 años (art. 163.2 LGSS).

Cuantía de la pensión de jubilación

Es posible que la cuantía de la prestación económica sea superior al 100% de la base reguladora.

No obstante, aunque la cuantía de la prestación puede ser superior al 100% de la base reguladora, ésta no podrá superar el límite máximo que para cada año se prevé en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 163.2 LGSS).

9.9.3. Dinámica de la prestación

El derecho a la pensión de jubilación es imprescriptible (art. 164 LGSS) y, como se ha apuntado, es vitalicia. De todos modos, teniendo en cuenta que se trata de un derecho (y no de una obligación), el reconocimiento de la prestación está condicionado a la solicitud por escrito del interesado (la entidad gestora no actúa de oficio).

9.9.4. Extinción

La pensión de jubilación se extingue con la muerte del beneficiario.

9.10. Muerte y supervivencia

Las prestaciones por muerte y supervivencia están destinadas a compensar la situación de necesidad económica que produce, para determinadas personas, el fallecimiento de otras. En concreto, pretenden dar cobertura a los gastos ocasionados por el sepelio y proteger la situación de necesidad derivada del fallecimiento del causante.

Las situaciones protegidas y las correspondientes prestaciones son (art. 171 LGSS):

Tabla 6. Situaciones protegidas y prestaciones

Prestaciones por muerte y supervivencia	
Situación protegida	Prestación
Muerte del trabajador	Auxilio por defunción

Prestaciones por muerte y supervivencia	
Supervivencia del cónyuge	Pensión de viudedad
Supervivencia de los hijos	Pensión de orfandad
Supervivencia de otros familiares	Prestaciones en favor de familiares
Supervivencia del cónyuge, hijos y, en algunos casos, padres, tras la muerte del trabajador por accidente de trabajo o enfermedad profesional	Indemnización a tanto alzado por muerte provocada por contingencias profesionales

Conviene tener en cuenta, por un lado, que estas prestaciones están previstas en el seno del matrimonio (entre personas de igual o distinto sexo) y de las parejas de hecho; y, por otro, que la referencia a los hijos es con independencia de la naturaleza de su filiación y del vínculo existente entre los padres.

El hecho causante de estas prestaciones es siempre la muerte de una persona. Y, como tal, debe reunir los siguientes requisitos.

1) El **sujeto causante** debe ser:

a) Trabajador afiliado y en alta o en situación asimilada al alta (art. 172.1.a LGSS; art. 2.1 y 4 Orden 13 de febrero de 1967).

> Si no se estuviera en alta o en situación asimilada al alta, el fallecimiento del causante puede originar el derecho a las prestaciones descritas si acredita un período de cotización de quince años (art. 174.1 LGSS).

b) Perceptor de los subsidios de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo o maternidad y la lactancia (art. 172.1.b LGSS).

c)Pensionista de incapacidad permanente y jubilación en su modalidad contributiva (art. 172.1.c LGSS y art. 2.1 Orden 13 de enero de 1967).

2) En cuanto al **hecho causante**, esto es, la muerte, existen algunos supuestos especiales:

a) Se presume *iuris et de iure* (por tanto, no cabe prueba en contrario) como muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una invalidez permanente absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido (art. 172.2 LGSS).

> Si no se diera esta situación, deberá probarse que la muerte ha sido debida a accidente de trabajo o a la enfermedad profesional, siempre que el fallecimiento haya ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente. No obstante, en caso de enfermedad profesional, se admitirá tal prueba, cualquiera que sea el tiempo transcurrido (art. 172.2 LGSS).

b) Los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible la muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, podrán causar las prestaciones por muerte y supervivencia, a excepción del auxilio por defunción (art. 172.3 LGSS).

c) Procederá la declaración de fallecimiento si transcurren diez años desde las últimas noticias o desde la desaparición, o cinco años si al finalizar este plazo el causante hubiera cumplido 75 años de edad.

3) En lo relativo al **período de cotización**, debe tener en cuenta que varía en función de las circunstancias que provocan la muerte (art. 174.1 LGSS):

a) Si el fallecimiento deriva de enfermedad común, debe acreditarse un período de cotización de 500 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, salvo para tener acceso a las prestaciones de auxilio por defunción y en la orfandad (arts. 173 y 175.1 LGSS).

b) Se exige un período de quince años si al fallecer el sujeto causante no estuviera en situación de alta o asimilada al alta.

c) Si el fallecimiento es debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional, no se exige periodo mínimo de cotización.

9.10.1. Auxilio por defunción

El fallecimiento del causante da derecho al percibo de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos del sepelio (art. 173 LGSS). El auxilio se concede a quien haya soportado dichos gastos, por lo que se presume, salvo prueba en contrario, que han sido satisfechos por determinados familiares.

La cuantía de dicho auxilio asciende a 30,05 euros.

La D. Ad. 10.ª Ley 40/2007 prevé un incremento de este auxilio en un 50% en los próximos cinco años, a razón de un 10% anual. A partir de ese momento, el auxilio se actualizará en cada ejercicio con arreglo al IPC.

9.10.2. Pensión de viudedad

1) Beneficiarios

La prestación de viudedad atiende a los vínculos matrimoniales y a las parejas de hecho, así como a las situaciones de separación, divorcio o nulidad de la unión conyugal. Evidenciándose, por consiguiente, la posibilidad de que haya más de un beneficiario por el mismo hecho causante.

a) Viudedad derivada de vínculo matrimonial

Es beneficiario de la pensión de viudedad el cónyuge superviviente (art. 174.1 LGSS).

Matrimonio y viudedad

La referencia al matrimonio se extiende a cualquier matrimonio que pueda celebrarse al amparo del régimen jurídico vigente, incluyendo, por tanto, los del mismo sexo.

Ahora bien, si el fallecimiento deriva de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se exige que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, de la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años (art. 174.1 LGSS).

En caso de **separación** o **divorcio**, la prestación de viudedad corresponde a quien sea o haya sido cónyuge legítimo en proporción al tiempo de convivencia, **siempre que se den los siguientes requisitos**:

Viudedad y rito gitano

A efectos de la pensión de viudedad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha otorgado validez y plena eficacia al matrimonio contraído bajo el rito gitano (STEDH 8 de diciembre del 2009).

- que con la muerte se haya extinguido la pensión compensatoria descrita en el artículo 97 del Cc (prevista para supuestos de separación o divorcio que acarreen un desequilibrio económico);

- que no haya contraído nuevas nupcias o constituido una pareja de hecho en los términos previstos en la LGSS (ved a continuación).

En caso de nulidad matrimonial, la pensión corresponde al superviviente a quien se haya reconocido el derecho a la indemnización destinada al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo habiendo existido convivencia conyugal (art. 98 Cc), siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o constituido una pareja de hecho.

Si concurren varios beneficiarios divorciados (por haberse producido varios divorcios) la pensión debe repartirse entre quienes hayan sido cónyuges legítimos en proporción al tiempo de convivencia con el difunto.

Si el fallecido estuviera casado en el momento del hecho causante, o bien hubiera constituido una pareja de hecho (conforme a los requisitos previstos en la LGSS) y, a su vez, concurrieran uno o varios divorciados beneficiarios, la regla es la siguiente:

- la pensión de viudedad corresponde al cónyuge superviviente o a quien estuviera unido al causante en el momento del fallecimiento;

- de dicha pensión debe retraerse la parte proporcional correspondiente al período de convivencia de los que hubieran sido cónyuges legítimos (divorciados);

- como mínimo, el cónyuge superviviente, o quien estuviera unido al causante en el momento del fallecimiento, tiene derecho al 40% de la pensión.

b) Viudedad derivada de pareja de hecho

Es beneficiario de la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho el supérstite. No obstante, es importante advertir que, a efectos de la LGSS, se considera pareja de hecho "la constituida, con análoga relación de afectividad a

la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años" (art. 174.3 LGSS).

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante (art. 174.3 LGSS).

El derecho a percibir esta pensión de viudedad, a diferencia de los supuestos derivados de vínculo matrimonial, está condicionada a la acreditación de una situación de necesidad económica del supérstite (descrita en el art. 174.3 LGSS). Además, el percibo de la prestación se mantiene en tanto que persista esta situación de necesidad (art. 174.3 LGSS).

2) Prestación

La cuantía de la pensión de viudedad es el resultado de aplicar a la base reguladora un porcentaje:

a) La base reguladora varía en función de las siguientes circunstancias:

Compatibilidad con el trabajo

La pensión de viudedad es compatible con cualquier trabajo del cónyuge supérstite (art. 179.1 LGSS), con las particularidades que plantean los casos derivados de parejas de hecho.

- si deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se tiene en cuenta el salario real (del mismo modo que en las pensiones de incapacidad permanente);

- si deriva de enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora es el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del causante durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión;

- si el causante es pensionista de jubilación o incapacidad permanente, la base reguladora es la misma que sirvió para determinar esta pensión.

b) El porcentaje aplicable a la base reguladora es el 52%, y puede ampliarse al 70% si el beneficiario acredita no superar un determinado nivel de rentas y tiene cargas familiares.

c) En cualquier caso, el importe de la pensión de viudedad no puede ser inferior a determinadas cuantías que se actualizan anualmente (y que varían en función de la edad del beneficiario, de si tiene cargas familiares o una discapacidad).

d) En el supuesto de que el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes y de que reúna el resto de requisitos, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años (**pensión de viudedad temporal**).

3) Dinámica de la prestación

El derecho a la pensión de viudedad es imprescriptible y vitalicio (art. 178 LGSS; y art. 7 Orden de 13 de febrero de 1967), salvo que se trate de una pensión de viudedad temporal.

El derecho a la prestación es efectivo desde la fecha del fallecimiento del causante (art. 3 Orden de 13 de febrero de 1967).

La gestión con carácter general y el pago corresponden al INSS cuando el fallecimiento derive de enfermedad común, accidente no laboral o enfermedad profesional. Si el fallecimiento deriva de accidente de trabajo, el pago corresponde al INSS o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Si se trata de pensiones, el pago se realizará por el INSS, previa constitución por la mutua del valor actual del capital coste de la pensión correspondiente.

4) Extinción

La pensión de viudedad se extingue en los siguientes supuestos (art. 11 Orden de 13 de febrero de 1967):

- por contraer nuevas nupcias o constituir una pareja de hecho (art. 174.4 LGSS), salvo que el beneficiario de la pensión de viudedad sea mayor de 61 años y acredite no superar un determinado nivel de rentas (Decreto 1465/2001);
- por declaración en sentencia firme de culpabilidad del beneficiario en la muerte del causante;
- por fallecimiento del beneficiario;
- por comprobarse que no falleció el trabajador desaparecido en accidente.

9.10.3. Pensión de orfandad

1) Beneficiarios

Son beneficiarios de la pensión de orfandad en régimen de igualdad cada uno de los hijos (natural o adoptivo) del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de 18 años o tengan una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (art. 175.1 LGSS y STS 28 de abril de 1999, RJ 4653).

También pueden ser beneficiarios los hijos del causante que en el momento del fallecimiento tengan 22 años (o 24 años si es huérfano absoluto o, con independencia de la edad, tiene una discapacidad igual o superior al 33%) y no efectúan un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena; o bien si lo realizan, cuando los ingresos que obtengan resulten inferiores en cómputo anual al SMI (art. 175.2 LGSS).

También tienen derecho los hijos que el cónyuge supérstite haya llevado al matrimonio, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, si se dan las siguientes circunstancias (art. 9.3 Decreto 1647/1997):

- que el matrimonio se haya celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante;
- que se pruebe que convivían con el causante y a sus expensas;
- que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social;
- que no tengan familiares con obligación de prestarles alimentos.

2) Prestación

La cuantía de la pensión de viudedad es el resultado de aplicar a la base reguladora un porcentaje:

a) La base reguladora se calcula aplicando las mismas reglas que en la pensión de viudedad.

b) A cada huérfano le corresponde el equivalente al 20% de la base reguladora.

En los casos de orfandad absoluta, la pensión se incrementará con la pensión de viudedad, y se repartirá dicho incremento entre los huérfanos con derecho a pensión a partes iguales.

c) En caso de que concurran pensiones de viudedad y orfandad, la suma de todas ellas no puede superar el 100% de la base reguladora (art. 179.4 LGSS). No obstante, si se supera el porcentaje, la rebaja debe aplicarse por igual sobre las pensiones de orfandad y no sobre la de viudedad, que tiene preferencia (art. 21.3 Orden de 13 de febrero de 1967).

Límite que puede rebasarse si se aplica el 70% a la pensión de viudedad (en tal caso, la suma de las pensiones de orfandad no puede superar el 48% de la base reguladora; por tanto, se llegaría al 118% de la base reguladora (art. 179.4 LGSS).

d) Del mismo modo que en la pensión de viudedad, la pensión de orfandad no puede ser inferior a determinadas cuantías que se actualizan anualmente (y que varían en función del tipo de orfandad, número de beneficiarios, su edad, y el hecho de si el beneficiario tiene o no una discapacidad).

3) Dinámica de la prestación

El derecho a la prestación es efectivo desde la fecha del fallecimiento del causante (art. 3 Orden de 13 de febrero de 1967). La prestación se abona directamente al huérfano que sea mayor de 18 años o, si es menor de esa edad, a quien tenga a su cargo al beneficiario (art. 175.3 LGSS y art. 11 Decreto 1647/1997).

En lo relativo a la gestión y al pago, se aplican las mismas reglas que para la pensión de viudedad.

4) Extinción

La pensión de orfandad se extingue en los siguientes supuestos (art. 21 Orden 13 de febrero 1967):

- cumplir la edad mínima fijada en cada caso (ved *supra*), salvo que en tal momento tuviera reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez;
- cesar en la incapacidad que le otorgaba el derecho a la pensión;
- adopción;
- contraer matrimonio, salvo que estuviera afectado por incapacidad absoluta o gran invalidez;
- fallecimiento;
- comprobarse que no falleció el trabajador desaparecido en accidente.

9.10.4. Prestaciones en favor de familiares

Tienen derecho a estas prestaciones los familiares por consanguinidad del trabajador fallecido que no puedan acceder a las pensiones de viudedad u orfandad (art. 176.1 LGSS). Se distingue entre la pensión (vitalicia) y el subsidio (temporal).

Pensión en favor de familiares

Tienen derecho a la **pensión** en favor de familiares:

- **nietos y hermanos**, huérfanos de padre, menores de 18 años (o de 22 años si no realizan un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, o, si lo realizan, sus ingresos no superan el 75% del SMI) o que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en el grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (además, se exige que convivieran con el causante, y, a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél, que no tengan derecho a pensión pública y que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil; art. 22.1 Orden de 13 de febrero de 1967);

- **hijos o hermanos** de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad, siempre que hayan convivido con el causante y a su cargo, que sean mayores de 45 años y solteros, divorciados o viudos, que acrediten dedicación prolongada al cuidado del causante y que carezcan de medios propios de vida (art. 176.2 LGSS);

- **madres y abuelas** que sean solteras, viudas, casadas, divorciadas o separadas, cuyos maridos estén incapacitados para todo trabajo o tengan más de 60 años (art. 22.1 Orden de 13 de febrero de 1967);

- **padres y abuelos** que tengan cumplidos 60 años de edad o sean incapacitados permanentes absolutos (art. 22.1 Orden de 13 de febrero de 1967).

1) Prestación

La cuantía de la pensión en favor de familiares es el resultado de aplicar a la base reguladora un porcentaje:

a) La base reguladora se calcula aplicando las mismas reglas que en la pensión de viudedad.

b) La cuantía de la prestación es el resultado de aplicar un 20% a la base reguladora.

c) La cuantía de la pensión en favor de familiares (computando todas las pensiones por muerte y supervivencia) no puede superar el 100% de la base reguladora. Teniendo en cuenta que la pensión de viudedad tiene preferencia sobre las de orfandad, y éstas sobre las pensiones en favor de familiares (art. 179.4 LGSS), es posible que en la práctica, desaparezcan).

d) Al igual que el resto de prestaciones por muerte y supervivencia, la pensión en favor de familiares no puede ser inferior a determinadas cuantías que se actualizan anualmente (y que, en general, varían en función del número de beneficiarios y de su edad).

2) Dinámica de la prestación

Se aplican las mismas reglas que para las pensiones de viudedad y orfandad.

En lo relativo a la gestión y al pago, se aplican las mismas reglas que para la pensión de viudedad.

3) Extinción

La pensión de orfandad en favor de familiares se extingue en los siguientes supuestos (art. 24 Orden de 13 de febrero de 1967):

- la de los nietos y hermanos se extingue por las mismas causas que las señaladas para la pensión de orfandad;

- la de los ascendientes, hijos y hermanos, se extingue por contraer matrimonio, por fallecimiento y al comprobarse que el trabajador desaparecido en accidente no falleció.

Subsidio en favor de familiares

Tienen derecho al **subsidio** en favor de familiares los hijos y hermanos que en la fecha del hecho causante sean mayores de 22 años de edad, solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados, y que acrediten (art. 25 Orden de 13 de febrero de 1967):

- que han convivido con el causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél;
- que no tengan derecho a pensión pública;
- que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

1) Prestación

La cuantía de la prestación es el resultado de aplicar un 20% a la base reguladora, calculada según las reglas de la pensión de viudedad, durante un período de doce meses (art. 26 Orden de 13 de febrero de 1967).

2) Dinámica de la prestación

Se aplican las mismas reglas que para las pensiones de viudedad y orfandad.

En lo relativo a la gestión y al pago, se aplican las mismas reglas que para la pensión de viudedad.

3) Extinción

El subsidio de orfandad en favor de familiares se extingue en los siguientes supuestos (art. 27 Orden de 13 de febrero de 1967):

- agotamiento del período de duración fijado como máximo,
- fallecimiento.

9.10.5. Indemnizaciones especiales a tanto alzado

En los supuestos de fallecimiento causado por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge supérstite y los huérfanos que reúnan los requisitos para tener acceso a la pensión de viudedad y orfandad, tienen derecho a una indemnización complementaria (art. 177 LGSS y art. 28 Orden de 13 de febrero de 1967).

Si no existen otros familiares con derecho a la pensión de viudedad u orfandad, los padres del fallecido que vivan a sus expensas y que no tengan derecho a la pensión en favor de familiares pueden ser beneficiarios de esta indemnización (art. 177.2 LGSS).

El importe de esta indemnización es el resultado de multiplicar la base reguladora de la pensión de viudedad por seis (para el viudo) o por uno (para los huérfanos) –art. 29 Orden de 13 de febrero de 1967.

9.11. Desempleo

Se encuentran en la contingencia de desempleo quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo (art. 203. LGSS).

1) Beneficiarios

Son beneficiarios de la prestación por desempleo los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, así como los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los regímenes especiales de la Seguridad Social que lo tengan previsto (art. 205 LGSS).

El acceso a la prestación por desempleo está condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos (art. 207 LGSS):

a) Estar afiliado y en alta en la Seguridad Social, o en situación asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen.

b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de 360 días dentro de los seis años anteriores al hecho causante (art. 210 LGSS).

c) Estar en situación legal de desempleo. En términos generales, esta situación se da en los siguientes supuestos (art. 208.1 LGSS):

- extinción por la llegada del término o condición;
- extinción del contrato durante el período de prueba;
- resolución empresarial por causas imputables o no imputables al trabajador;
- suspensión de la relación de trabajo o reducción de la jornada de trabajo (al menos en un 10% y un máximo del 70%) por causas de empresa, debidamente autorizadas por la autoridad laboral;
- resolución por jubilación, muerte o incapacidad del empresario persona física;
- resolución a instancia del trabajador.

d) Inscripción como demandante de empleo y acreditación de la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada con la suscripción del compromiso de actividad (arts. 209.1, 207.c y 231 LGSS).

Se entiende por **compromiso de actividad** (art. 231.2 LGSS) el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones cuando busque activamente empleo, acepte una colocación adecuada y participe en acciones específicas de motivación, información, orienta-

ción, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como cuando cumpla las restantes obligaciones previstas en el artículo 231 de la LGSS.

Se entiende por **colocación adecuada** (art. 231.3 LGSS) la profesión demandada por el trabajador; también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses. Transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, además de las profesiones anteriores, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que, a juicio del Servicio Público de Empleo, puedan ser ejercidas por el trabajador.

La colocación se entenderá adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros desde la localidad de la residencia habitual, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25% de la duración de la jornada diaria de trabajo, o que el coste del desplazamiento suponga un gasto superior al 20% del salario mensual, o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo.

La colocación que se ofrezca al trabajador se entenderá adecuada teniendo en cuenta la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo a tiempo completo o parcial. Además, dicha colocación, para entenderse adecuada, deberá implicar un salario equivalente al aplicable al puesto de trabajo que se ofrezca, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho el trabajador, o aunque se trate de trabajos de colaboración social.

Para la aplicación de lo previsto en los párrafos anteriores, el servicio público de empleo competente tendrá en cuenta las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral, el itinerario de inserción fijado, las características del puesto de trabajo ofertado, la existencia de medios de transporte para el desplazamiento y las características de los mercados locales de empleo.

El salario correspondiente a la colocación para que ésta sea considerada adecuada no podrá, en ningún caso, ser inferior al salario mínimo interprofesional una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento.

e) No tener la edad exigida para tener acceso a la edad de jubilación, salvo que no se reúnan los requisitos para tener acceso a esta prestación.

2) Prestación

La prestación por desempleo comprende (art. 206 LGSS):

- el subsidio por desempleo;
- abono de las cotizaciones a la Seguridad Social de la empresa;
- acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados y las que tengan por objeto el fomento del empleo estable.

La **cuantía** del subsidio es resultado de aplicar a la base reguladora un porcentaje variable:

a) La base reguladora es el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días últimos de ocupación sin incluir las horas extraordinarias (art. 211 LGSS).

b) Los porcentajes son los siguientes:

- el 70% durante los primeros 180 días,
- el 60% a partir del 181 día.

c) No obstante, el importe de la prestación está limitado, pues **no puede superar** las cantidades siguientes:

- el 175% del IPREM,
- el 200% del IPREM si el beneficiario tiene un hijo a cargo,
- el 225% del IPREM si el beneficiario tiene más de un hijo a cargo.

d) Tampoco puede **ser inferior**:

- al 80% del IPREM,
- al 107% del IPREM si el beneficiario tiene hijos a cargo.

La **duración** de la prestación por desempleo está en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en el que cesó la obligación de cotizar, con arreglo a la siguiente escala (art. 210 LGSS):

Tabla 7. Período de cotización y de prestación

Período de cotización (en días)	Período de prestación (en días)
Desde 360 hasta 539	120
Desde 540 hasta 719	180
Desde 720 hasta 899	240
Desde 900 hasta 1.079	300
Desde 1.080 hasta 1.259	360
Desde 1.260 hasta 1.439	420
Desde 1.440 hasta 1.619	480
Desde 1.620 hasta 1.799	540
Desde 1.800 hasta 1.979	600
Desde 1.980 hasta 2.159	660
Desde 2.160	720

3) Dinámica de la prestación

Las personas que cumplan los requisitos previstos para tener acceso a la prestación por desempleo deben solicitar, a la entidad gestora competente, el reconocimiento del derecho a las prestaciones en el plazo de quince días siguientes a partir de la situación legal de desempleo (art. 209.1 LGSS).

> Si se presenta la solicitud transcurrido el citado plazo de quince días, tienen derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud y pierden tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud (art. 209.2 LGSS).

La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente. Asimismo, en la fecha de la solicitud se deberá suscribir el compromiso de actividad (art. 209.1 LGSS).

4) Extinción

El derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá en los casos siguientes (art. 213 LGSS):

- agotamiento del plazo de duración de la prestación;
- imposición de sanción en los términos previstos en la LISOS (arts. 17, 25, 26 y 47);
- realización de un trabajo por cuenta ajena, de duración igual o superior a doce meses, o realización de un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a veinticuatro meses;
- cumplimiento por parte del titular del derecho de la edad ordinaria de jubilación, salvo que no reúna los requisitos para tener acceso a dicha prestación;
- pasar a ser pensionista de jubilación o de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual e incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez (en estos casos de invalidez, no obstante, el beneficiario podrá optar por la prestación más favorable);
- traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen.
- renuncia voluntaria al derecho.

Resumen

La seguridad social es una técnica específica de protección frente a los "riesgos sociales", que trata de garantizar la seguridad económica de los ciudadanos y está intrínsecamente unida a la idea de Estado social, constitucionalmente reconocido en el artículo 1 de la CE, y a los conceptos de solidaridad, redistribución de la riqueza e igualdad efectiva.

Un sistema de seguridad social es una estructura de organización social sometida a un dinamismo histórico constante, que lo mantiene en un estado de frecuente e intensa transformación.

En respuesta a los principios descritos en el artículo 41 de la CE, el Sistema de la Seguridad Social regulado en la LGSS responde a un principio de publificación de la gestión y de suficiencia y, en respuesta al principio de universalidad subjetiva y generalidad objetiva, se estructura en dos niveles: uno contributivo (de base profesional) y otro no contributivo o asistencial; lo que no sólo determina ámbitos de protección diversos, sino también sistemas de financiación diferenciados.

Por otra parte, el brazo contributivo está fragmentado, pues se distingue entre un régimen general y varios regímenes especiales. La inclusión en cada uno de ellos es obligatoria y viene determinada por la actividad profesional que se desarrolle.

A fin de describir la acción protectora del Régimen General, es importante reiterar la importancia de los diversos aspectos que integran los actos de encuadramiento, así como la tipología de contingencias (accidente o enfermedad profesionales o comunes) que cubre el Sistema, pues estas últimas predeterminan los requisitos para tener acceso a cada una de las prestaciones que éste prevé.

Actividades

1. El sr. Hernández, de 56 años, soltero y sin hijos, con contrato indefinido a jornada completa (celebrado el 1 de julio del 2009), como ingeniero que presta sus servicios en Tarragona percibe las remuneraciones siguientes durante el mes de octubre del 2010.

La empresa, un laboratorio farmacéutico, se dedica a la investigación y al desarrollo. Y el Sr. Hernández presta sus servicios en las oficinas de la empresa.

Percepciones	Euros
Salario	1.300 €
Plus de distancia	116,50 €
Horas extraordinarias (no fuerza mayor)	700 €
Percepción por matrimonio	300 €
Plus de convenio	250 €
Plus de idiomas	150 €
Incentivo a la producción	350 €

- A lo largo del año tiene derecho a dos pagas extraordinarias de 2.050 euros, que se prorratean mensualmente.
- Al finalizar el año 2010, se le abonará una cantidad de 1.000 euros en concepto de reparto de beneficios, que se prorratea mensualmente.
- Durante tres días, la empresa lo ha destinado a Cádiz, donde pernocta, y le abona 66,34 euros/día.

Calculad las cuotas de cotización a cargo del empresario y del trabajador.

2. La sra. Matas, trabajadora de 34 años y con contrato por tiempo indefinido y a jornada completa, ingeniera técnico (grupo de cotización 2) en una editorial, durante el mes de septiembre del 2010 percibe las remuneraciones siguientes (pagas extras prorrateadas):

Percepciones	Euros
Salario	1.600 €
Plus de convenio	220 €
Plus de transporte urbano	166,50 €
Horas extraordinarias	200 €

La sra. Matas ha sido contratada el 1 de febrero del 2010 y tiene un hijo de un año y medio.

La empresa, según lo que prevé el convenio colectivo, contribuye a pagar los estudios relacionados con las aficiones de sus trabajadores con 100 € mensuales; y el jardín de infancia de los hijos de sus empleados menores de 2 años, con 300 € mensuales. Aunque siempre presta sus servicios en la oficina de la empresa, excepcionalmente, la sra. Matas ha ido a París por motivos de trabajo, y ha vuelto el mismo día, por lo que ha percibido 341,35 € por los gastos de manutención. Además, la sra. Matas, en sus ratos libres asiste a clases de pintura al óleo.

a) Calculad las cuotas de cotización a cargo del trabajador.
b) ¿La empresa puede acogerse a algún tipo de bonificación?

Solucionario

1. Cálculo de la base de cotización por contingencias comunes:

Remuneraciones computables.

Por devengo del mes	
Salario	1.300 €
Plus convenio	250 €
Plus de idiomas	150 €
Gastos de manutención (1)	(3 días x 13 €) 39 €
Plus distancia (2)	10 €
Incentivo a la producción	350 €
Total (3)	**2.099 €**

(1). Límite exento de cotización: 53,34 €/día. Por lo tanto, 66,34 – 53,34 = 13 (ved tabla 3, apartado 7.2.2).

(2). Límite exento de cotización: el 20% del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para el año 2010 (532,51€/mes x 20% = 106,50 €). Por lo tanto, 116,50 € – 106,50 € = 10 € (ved tabla 3, apartado 7.2.2).

(3). La percepción por matrimonio está exenta (ver tabla 3, apartado 7.2.2).

Por prorrata de pagas extraordinarias y otros conceptos	
Pagas extraordinarias	(2.050 x 2) 4.100 €
Beneficios	1.000 €
Total	(4.100 + 1.000/12) **425 €**
Total remuneraciones	(2.099€ + 425€) **2.524 €**

Como la cantidad obtenida no supera la base máxima del grupo de cotización 1 al que pertenece (1.031,70 € mínimo y 3.198,00 € máximo), el importe computable es **2.524 €**.

Cálculo base de cotización por contingencias profesionales:

La base de cotización para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es la misma que para las contingencias comunes, pero se le debe añadir las horas extraordinarias.

2.524 € + 700 € = 3.224 €

Como la cantidad obtenida (3.224 €) supera el tope máximo (3.198,00 €), el importe computable es **3.198,00 €**.

Cálculo base de cotización por desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional:

La base de cotización de estas partidas coincide con la base para contingencias profesionales (**3.198,00 €**).

Cotización contingencias comunes:

- Empresario: 2.524 € x 23,60% = 595,66 €

- Trabajador: 2.524 € x 4,70% = 118,63 €

Total: 595,66 € + 118,63 € = 714,29 €

Cotización por contingencias profesionales:

Se aplica la tarifa de primas establecida en la disposición adicional 4.ª Ley 42/2006 (Referencia Base de Datos Aranzadi: RCL 2006/2324). Aunque la actividad de la empresa queda integrada en el epígrafe 72, debe entenderse que el sr. Hernández es "personal en trabajos exclusivos de oficina" (grupo a). Por consiguiente, se aplica:

Incapacidad temporal: 3.198 € x 0,65% = 20,87 €

IMS: 3.198 € x 0,35% = 11,19 €

Total: 20,87 € + 11,19 € = 30,02 €

Cotización por desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional:

- *Desempleo*. Tipo aplicable: 7,05% (general, dado que se trata de un contrato indefinido); 5,50% del empresario y 1,55% del trabajador.

Total: 3.198 € x 7,05% = 225,46 €

- *Fondo de garantía salarial*. Tipo aplicable: 0,20% (a cargo de la empresa exclusivamente).

Total: 3.198 € x 0,20% = 6,39 €

- *Formación profesional*. Tipo aplicable: 0,70%: 0,60 a cargo de la empresa y 0,10 a cargo del trabajador.

Total: 3.198 € x 0,70% = 22,38 €

Cotización por horas extraordinarias:

Las horas extraordinarias están sujetas a una cotización adicional.

Tipo aplicable: en la medida en que no son horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor, se aplica el siguiente tipo: 28,30%; 23,60% para el empresario y 4,70% para el trabajador.

Total: 700 € x 28,30% = 198,10 €

Bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social:

En la medida que el trabajador fue contratado indefinidamente y tiene una edad superior a los 45, el empresario tiene una reducción mensual en la cuota de 100 euros al mes durante toda la vigencia del contrato (art. 2.1.d Ley 43/2006; referencia base de datos Aranzadi: RCL 2006/2338). Teniendo en cuenta que ha sido contratado en el año 2009, no se aplican las medidas previstas del Decreto Ley 10/2010, 16 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo (concretamente, el art. 10).

Total cuota empresarial		
Concepto cotizable	Aportación empresarial	Euros
Contingencias comunes	el 23,60% de 2.524 €	595,66 €
Contingencias profesionales	el 2,25% de 3.198 €	71,95 €
Desempleo	el 5,50% de 3.198 €	175,89 €
Fondo de garantía salarial	el 0,20% de 3.198 €	6,39 €
Formación profesional	el 0,60% de 3.198 €	19,18 €
Horas extraordinarias	el 23,60% de 700 €	165,20 €
Total		**1.034,27 €**

Por lo tanto, la cantidad que ha de pagar el empresario es de 934,27 € (1.034,27 € - 100 €).

2. a) Cálculo de la base de cotización por contingencias comunes:

Remuneraciones computables.

Remuneraciones computables	
Salario	1.600 €
Plus convenio	220 €
Gastos de manutención (1)	293,27 €
Gastos estudios aficiones (2)	100 €
Plus de transporte urbano (3)	60 €
Total remuneraciones (4)	**2.273,27 €**

(1). Límite exento de cotización: 293,27 €/día (341,35 € – 48,08 €) (ved tabla 3, apartado 7.2.2).

(2). Se considera que se trata de una retribución en especie establecida por convenio colectivo, y, por lo tanto, computa todo su importe (ved tabla 3, apartado 7.2.2).

(3). Límite exento de cotización: el 20% del IPREM para el año 2010 (532,51 €/mes x 20% = 106,50 €). Por lo tanto, 166,50 € – 106,50 € = 60 € (ved tabla 3, apartado 7.2.2).

(4). Los gastos del jardín de infancia quedan excluidos (ved tabla 3, apartado 7.2.2).

Este importe (2.273,27 €) no supera la base máxima de su grupo de cotización (el n.° 2; 3.198,00), por lo que la base de cotización por contingencias comunes es **2.273,27 €**.

Cálculo de la base de cotización por contingencias profesionales (enfermedad profesional y accidente de trabajo):

En este caso, se incluyen las horas extraordinarias.

2.273,27 € + 200 € = 2.473,27 €

Importe que no supera la base máxima de su grupo (3.198,00 €), por lo que la base de cotización por contingencias profesionales es **2.473,27 €**.

Cálculo de la base de cotización por desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional:

La base de cotización por estas contingencias es la misma que por las contingencias profesionales.

Cotización por contingencias comunes:

Durante el año 2010, el tipo de cotización es el 28,30%, del que el 4,70% es a cargo del trabajador.

2.273,27 € x 4,70% = 106,84 €

Cotización por contingencias profesionales y fondo de garantía salarial:

El trabajador no cotiza por estas contingencias.

Cotización por desempleo y formación profesional:

- *Desempleo*: durante el año 2010, el tipo de cotización es el 7,05%, del que el 1,55% es a cargo del trabajador.

2.473,27 € x 1,55% = 38,33 €

- *Formación profesional*: durante el año 2010, el tipo de cotización es el 0,70%, del que el 0,10% es a cargo del trabajador.

2.473,27 € x 0,10% = 2,47 €

Cotización adicional por horas extraordinarias:

En este caso, al no tratarse de horas extraordinarias por fuerza mayor, el tipo de cotización es del 28,30%, del que el 4,70% es a cargo del trabajador.

200 € x 4,70% = 9,40 €

Total:

Total cuota trabajador		
Concepto cotizable	Aportación trabajador	Euros
Contingencias comunes	el 4,70% de 2.273,27 €	106,84 €
Desempleo	el 1,55% de 2.473,27 €	38,33 €
Formación profesional	el 0,10% de 2.473,27 €	2,47 €
Horas extraordinarias	el 4,70% de 200 €	9,40 €
Total		**157,04 €**

2. b) Según lo previsto en el artículo 2.1.b) de la Ley 43/2006 (referencia base de datos Aranzadi: RCL 2006/2338), el empresario puede deducirse 100 euros al mes de la cuota empresarial durante cuatro años, ya que ha contratado a la sra. Matas en los 24 meses posteriores al nacimiento de su hijo (tiene un hijo de un año y medio). Teniendo en cuenta que ha sido contratada en febrero de 2010, no se aplican las medidas previstas en el Decreto Ley 10/2010, 16 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo (concretamente, el art. 10).

Abreviaturas

CE *f* Constitución española de 1978.

Decreto 8/2008 *f* Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados.

Decreto 9/1996 *m* Decreto 9/1996, de 15 de enero, por el que se regula la selección de los efectos y accesorios, su financiación con fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la sanidad y su régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados.

Decreto 16/2003 *m* Decreto 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Decreto 83/1993 *m* Decreto 83/1993, de 22 de enero, por el que se regula la selección de los medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud.

Decreto 84/1996 *m* Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Decreto 295/2009 *m* Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Decreto 404/2010 *m* Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

Decreto 945/1978 *m* Decreto 945/1978, de 14 de abril, por el que se da nueva regulación a la aportación del beneficiario de la Seguridad Social en la dispensación de las especialidades farmaceúticas.

Decreto 1030/2006 *m* Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización., De 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Decreto 1088/1989 *m* Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

Decreto 1194/1985 *m* Decreto 1194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, modificada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo.

Decreto 1369/2006 *m* Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

Decreto 1465/2001 *m* Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del Régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia.

Decreto 1646/1972 *m* Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

Decreto 1647/1997 *m* Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social.

Decreto 1971/1999 *m* Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Decreto 2064/1995 *m* Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

Decreto 2766/1967 *m* Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Decreto-Ley 10/2010 *f* Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo.

ET *m* Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

IMSERSO *m* Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

INGESA *m* Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

INSS *m* Instituto Nacional de la Seguridad Social.

ISM *m* Instituto Social de la Marina.

Ley 3/2005 *f* Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

Ley 13/1982 *f* Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

Ley 14/1994 *f* Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

Ley 14/2009 *f* Ley 14/2009, de 11 de noviembre, por la que se regula el Programa Temporal de Protección por Desempleo e Inserción.

Ley 16/2003 *f* Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Ley 24/2001 *f* Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Ley 26/2009 *f* Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

Ley 27/1984 *f* Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre Reconversión y Reindustrialización.

Ley 27/2009 *f* Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Mantenimiento y el Fomento del Empleo y la Protección de las Personas Desempleadas.

Ley 29/2006 *f* Ley 29/2006, 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

Ley 38/2003 *f* Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Ley 39/2006 *f* Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Ley 40/2006 *f* Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior.

Ley 40/2007 *f* Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.

Ley 42/2006 *f* Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

Ley 43/2006 *f* Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo.

LGS *f* Ley 14/1986, 25 de abril, General de Sanidad.

LGSS *m* Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

LGSS/74 *m* Decreto 2065/1974, 30 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

LISOS *m* Real decreto legislativo 5/2000, de 4 agosto, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LPRL *f* Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

LO 4/2000 *f* LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

MATEP *f* Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Orden TAS/874/2007 *f* Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones destinadas a los programas de actuación para la ciudadanía española en el exterior y los retornados.

Orden TAS/1967/2005 *f* Orden TAS/1967/2005, de 24 de junio, por la que se establecen las disposiciones para el desarrollo y aplicación de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

Orden 15 de abril 1969 *f* Orden 15 de abril de 1969, de prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

Orden 13 de febrero 1967 *f* Orden 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

Orden 18 de enero 1967 *f* Orden 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez (jubilación) en el Régimen General de la Seguridad Social.

Orden 25 de noviembre 1966 *f* Orden 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.

SEPEE *m* Servicio público de empleo estatal.

STC *f* Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS *f* Sentencia del Tribunal Supremo.

TC *m* Tribunal Constitucional.

TGSS *f* Tesorería General de la Seguridad Social.

Bibliografía

AA. VV. (1969). *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y previsión*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

AA. VV. (1992). *Los sistemas de seguridad social y las nuevas realidad sociales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

AA. VV. (1994). *Dret de la seguretat social*. Barcelona: Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Catalunya.

AA. VV. (2009). *La reforma de la Seguridad Social*. Valecia: Tirant Lo Blanch.

Williams, K. y Williams, J. (1987). *Antología de Beveridge*. Madrid: MTAS.

Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi.

Alarcón Caracuel, M. R. y González Ortega, S. (1991). *Compendio de seguridad social*. Madrid: Tecnos.

Arango Fernández, J. (1999). *La protección por desempleo en España*. Madrid: CES.

Barrada Rodríguez, A. y Gonzalo González, B. (1998). *La financiación de la protección social en España*. Madrid: CES.

Beveridge, W. (1998). *Pleno empleo en una sociedad libre*. Madrid: MTAS.

Blasco Lahoz, J. F.; López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M. A. (2008). *Curso de seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Calvo Ortega, R. y García Calvente, Y. (dir.) (2007). *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*. Pamplona: Thomson-Civitas.

Cuesta Bustillo, J. (1998). *Los seguros sociales en al España del Siglo XX*. Madrid: MTAS.

Durand, P. (1991). *La política contemporána de seguridad social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Gonzalo González, B.; Nogueira Guastavino, M. (coord.) (2000). *Cien años de seguridad social*. Madrid: UNED.

Landa Zapirain, J. P. (1999). *La reforma de la sanidad pública y el régimen jurídico de su personal*. Madrid: CES.

Martínez-Gijón Machuca, M. A. (2005). *Protección social, seguridad social y asistencia social*. Madrid: CES.

Mercader Uguina, J. R. (2001). *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. Madrid: La Ley.

Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (coord.) (2008). *La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras*. Granada: Comares.

Montoya Melgar, A. (2000). *Derecho al trabajo*. Madrid: Tecnos.

Moreno Ruiz, R. (2000). *Mutualidades, cooperativas, seguro y previsión social*. Madrid: CES.

Olarte Encabo, S. (1997). *El derecho a las prestaciones de seguridad social*. Madrid: CES:

Paredes Rodríguez, J. M. (2008). *La jubilación parcial en el Sistema español de Seguridad Social*. Madrid: CES.

Redecillas López de Sabando, A. (2001). *El mutualismo laboral como medio de protección social*. Madrid: CES.

Rodríguez Iniesta, G. (2006). *La viudedad en el Sistema español de Seguridad Social*. Murcia: Ediciones Laborum.

Roqueta Buj, R. (2000). *La incapacidad permanente*. Madrid: CES.

Roqueta Buj, R. (coord.) (2007). *La protección de la dependencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Sánchez Navarro, D. A. (2003). *La gestión de la Seguridad Social en España*. Madrid: CES.

Sempere Navarro, A. V. y Areta Martínez, M. (coord.) (2008). *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.

Venturi, A. (1994). *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.