**DERECHO MERCANTIL**

**TEMA 4**

**CONCEPTO DEL COMERCIANTE. COMERCIANTE INDIVIDUAL. CONDICIONES DE CAPACIDAD, INCAPACIDADES Y PROHIBICIONES. EL MATRIMONIO Y LA CAPACIDAD DE OBRAR MERCANTIL.** **CONCEPTO DE EMPRESA: EN ESPECIAL, SUS ELEMENTOS INMATERIALES; EL FONDO DE COMERCIO. REFERENCIA SUCINTA A LAS FORMAS DE VALORACIÓN.**

**CONCEPTO DEL COMERCIANTE.**

Dispone el artículo 1 del Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 que “son comerciantes para los efectos de este Código:

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

2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”.

Como las compañías o sociedades mercantiles se estudian en los siguientes temas del programa, el presente se refiere fundamentalmente al comerciante persona física o empresario individual, respecto del que la jurisprudencia exige tres requisitos:

1. Capacidad.
2. Ejercicio habitual, organizado y efectivo del comercio como profesión.
3. Ejercicio del comercio en nombre propio, asumiendo el riesgo y la ventura de la actividad empresarial.

La calificación de una persona como comerciante tiene las siguientes consecuencias:

1. En el plano subjetivo, su sometimiento al estatuto jurídico del comerciante, con obligaciones como la de llevanza de contabilidad, estudiada en el tema anterior del programa, y derechos como el de su publicidad legal mediante su inscripción en el Registro Mercantil, estudiada en el tema 2 de esta parte del programa.
2. En el plano objetivo, la aplicación de la normativa mercantil, y no de la civil, a determinados actos y contratos en los que empresario sea parte, como la comisión, el depósito o el préstamo.

**COMERCIANTE INDIVIDUAL.**

Por tanto, el comerciante o empresario individual es la persona física que, en nombre y por cuenta propia, por sí o por medio de otro, ejerce organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción o a la distribución de bienes o de servicios para el mercado.

Junto al empresario individual, la doctrina moderna coloca a parte de los profesionales liberales, quienes también ejercen una actividad económica destinada a la prestación de servicios. Aunque tradicionalmente se ha tratado de una actividad que no requería el grado de organización ni complejidad que la ejercitada por los empresarios y los profesionales carecían de ánimo especulativo, limitándose a ejercer su profesión para atender a su subsistencia y a la de su familia, en la actualidad, junto a aquellos cuya actividad conserva estas características, existen otros que coordinan y organizan los factores de producción igual que los empresarios, adoptando en ocasiones formas jurídicas mercantiles para el ejercicio de la actividad profesional.

A pesar de ello, no adquieren la condición de empresarios, aunque la doctrina considera conveniente aplicarles parte del estatuto de aquellos debido a las características comunes que comparten.

**CONDICIONES DE CAPACIDAD, INCAPACIDADES Y PROHIBICIONES.**

Como se estudia en los temas 12 y 13 de Derecho Civil del programa, desde la entrada en vigor de la Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica de 2 de julio 2021, no existe en nuestro ordenamiento jurídico incapacitación, total o parcial, de la persona con discapacidad, o privación o limitación de sus derechos o de su ejercicio, sino que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación que dicha ley introduce no es ni la incapacitación ni la modificación de la capacidad, sino el apoyo o asistencia a la persona que lo precise.

Esta Ley modifica el artículo 4 del Código de Comercio, que actualmente dispone que “tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes”.

A la luz de este precepto deben hacerse las siguientes matizaciones:

1. Los menores de edad no tienen capacidad en el ejercicio habitual del comercio, existiendo dudas en cuanto al emancipado, ya que para unos autores puede ejercer el comercio con el complemento de su capacidad por sus progenitores o defensor judicial, conforme a lo previsto por el artículo 247 del Código Civil de 24 de julio 1889, mientras que para otros autores dicho precepto debe interpretarse restrictivamente y, por tanto, no puede ejercer el comercio.
2. Además, el artículo 5 del Código de Comercio dispone que los menores de edad podrán continuar, por medio de sus tutores, el comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes. Si los tutores carecieren de capacidad para comerciar, o tuvieran alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.
3. Las personas con discapacidad pueden ejercer el comercio, en su caso, provistos de las medidas de apoyo necesarias, pudiendo precisar incluso la asistencia de un curador, quien requerirá autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles, y establecimientos mercantiles o industriales, dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza, conforme al artículo 287 del Código Civil.

Finalmente, las personas con capacidad para ejercer el comercio pueden tener prohibido el ejercicio de la actividad empresarial por diversas razones:

1. En caso de concurso de acreedores, conforme a los artículos 13 del Código de Comercio y 455 del texto refundido de la Ley Concursal de 5 de mayo de 2020, las personas inhabilitadas no podrán ejercer el comercio durante el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, que puede oscilar entre dos y quince años, si bien excepcionalmente, en caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal en el informe de calificación, la sentencia podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa durante el tiempo de cumplimiento del convenio o por periodo inferior, en cuyo caso los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga.
2. Las leyes pueden prohibir de forma absoluta el ejercicio de comercio por razones de interés público, como ocurre con:
3. Los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado, conforme al artículo 13 de la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado de 30 de marzo de 2015.
4. Los jueces, magistrados y fiscales, conforme a los artículos 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 y 57 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981.
5. Existen prohibiciones relativas, que impiden el desarrollo de la actividad empresarial sólo respecto de determinado ámbito territorial o sectorial, como son las que afectan a:
6. Los funcionarios públicos, que no pueden ser autorizados a desempeñar actividades mercantiles que impidan o menoscaben el estricto cumplimiento de sus deberes como funcionarios, comprometan su imparcialidad o perjudiquen los intereses generales, conforme a la Ley de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas de 26 de diciembre de 1984.
7. Los socios colectivos, los factores o los administradores de las sociedades de capital, que para evitar la competencia ilícita no pueden por sí o por tercero interpuesto ejercer la misma actividad que constituya la empresa del principal o de la sociedad, conforme a los artículos 136 y 288 del Código de Comercio y 229 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010, si bien los administradores sociales pueden ser dispensados de esta prohibición por la junta general.

**EL MATRIMONIO Y LA CAPACIDAD DE OBRAR MERCANTIL.**

La redacción originaria del Código de Comercio prohibía a la mujer casada el ejercicio del comercio sin el consentimiento de su marido o autorización judicial, pero la Ley de 2 de mayo de 1975 acabó con esta situación dando nueva redacción a los artículos 6 a 12 del Código de Comercio, que disciplinaban el ejercicio del comercio por persona casada, fuera el comerciante hombre o mujer.

Sin embargo, estos preceptos han sido derogados por la Ley de 5 de septiembre de 2022, por lo que el ejercicio de comercio por persona casada no presenta en la actualidad especialidad jurídica alguna respecto del ejercicio de cualquier otra actividad económica, rigiendo las disposiciones sobre régimen económico-matrimonial del Código Civil o de las respectivas leyes civiles autonómicas.

**CONCEPTO DE EMPRESA: EN ESPECIAL, SUS ELEMENTOS INMATERIALES; EL FONDO DE COMERCIO.**

En un sentido amplio la empresa es el conjunto organizado de elementos económicos, materiales y personales dirigido a la producción de bienes o prestación de servicios en el mercado.

No obstante, el concepto jurídico de empresa no es unívoco, de forma que lo que deba entenderse por empresa o empresario es diferente para otras ramas del ordenamiento jurídico, como para el Derecho del Trabajo, en el que son también empresarios las Administraciones Públicas, o el Derecho Tributario, que regula la tributación de los rendimientos empresariales de las sociedades con la de las rentas obtenidas por entidades que no son empresas, como los fondos de inversión o los de pensiones.

El artículo 38 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 “reconoce la libertad de empresa. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Por ello, cualquier persona puede ejercer la actividad empresarial, convirtiéndose en empresario.

Los elementos constitutivos de la empresa son esencialmente tres:

1. Los elementos subjetivos, que son el empresario y las personas de él dependientes, tanto por relación laboral, como son los trabajadores, como por una relación mercantil, como ocurre con un factor.

Además, desde un punto de vista económico, que tiene su reflejo también en las normas jurídicas, se ha puesto de relieve la importancia creciente que en la actividad empresarial tienen los denominados *stakeholders*, esto es, los socios de las sociedades que realizan la actividad empresarial y los trabajadores por cuenta ajena, clientes y proveedores del empresario.

El empresario puede ser tanto individual como social, destacando que los empresarios individuales pueden ser al mismo tiempo trabajadores autónomos, regulados por su propio Estatuto de 11 de julio de 2007, que los define como las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo. Así ocurre, por ejemplo, con un transportista o un agente de seguros.

1. El elemento objetivo, que es el conjunto de bienes y derechos afectos al ejercicio de la actividad empresarial, y ello con independencia del título jurídico de dicha afección, que tiene un sentido funcional.
2. El elemento inmaterial, que es precisamente lo que hace que la empresa sea algo más que la mera adición de los elementos subjetivos y objetivos, y que cabe identificar con la organización de la empresa y los valores que inspiran dicha organización: la confianza que suscita en el mercado, las expectativas de mayores o menores ganancias que la organización genera, etcétera.

Es precisamente este elemento inmaterial el que dota a la empresa de un valor que va más allá del meramente patrimonial, plusvalía que suele ser denominada *fondo de comercio*, y que conforman una pluralidad de intangibles, desde la localización de la empresa o de los establecimientos en los que se ejerce la actividad empresarial hasta las características de la clientela, pasando por la específica cultura empresarial, el carácter, experiencia y formación de sus trabajadores y directivos, la mayor o menor elasticidad de la demanda de los bienes que produce o servicios que presta o su cuota de mercado.

No existe, en realidad, un derecho de propiedad sobre el fondo de comercio, que no puede ser objeto de tráfico separado de la propia empresa, y que por ende se transmite con la misma. No obstante, sí que tiene un valor patrimonial, y por ello precisamente la doctrina registral admite la aportación del fondo de comercio como aportación no dineraria al capital que sea contraprestación de la suscripción de acciones o participaciones sociales o la Ley del Contrato de Agencia de 27 de mayo de 1992 concede al agente, al extinguirse el contrato, una indemnización por aportación o incremento de clientela.

**REFERENCIA SUCINTA A LAS FORMAS DE VALORACIÓN.**

Por ello, el valor de una empresa es la suma de su valor patrimonial y del valor del elemento inmaterial.

Desde luego, dicho valor no tiene por qué coincidir con el precio de la empresa en una eventual transmisión de la misma, puesto que en el precio influyen muchas otras circunstancias, desde las puramente subjetivas de comprador y vendedor hasta la situación del mercado y previsiones sobre su evolución.

Además, el valor de la empresa no es solo útil a efectos de transacciones, sino para otras muchas cuestiones de trascendencia jurídica, desde herencias hasta salidas a bolsa.

Las formas de valoración o de fijación del valor de la empresa son muchas y no son incompatibles entre sí, y entre ellas destacan las siguientes:

1. La valoración meramente contable, determinada por la diferencia entre el activo y el pasivo exigible.
2. Los métodos *goodwill*, que añaden a la valoración contable ajustes derivados de la valoración del fondo de comercio.
3. Valoración a partir de la cifra de beneficios antes de los intereses, amortizaciones e impuestos o EBITDA, cifra que es multiplicada por un coeficiente que depende de diferentes factores para determinar el valor de la empresa.
4. Valoración de los flujos de efectivo, que estiman los flujos de dinero que generará la empresa en el futuro para luego aplicar una tasa de descuento variable en función de diferentes factores.

José Marí Olano

4 de noviembre de 2022