

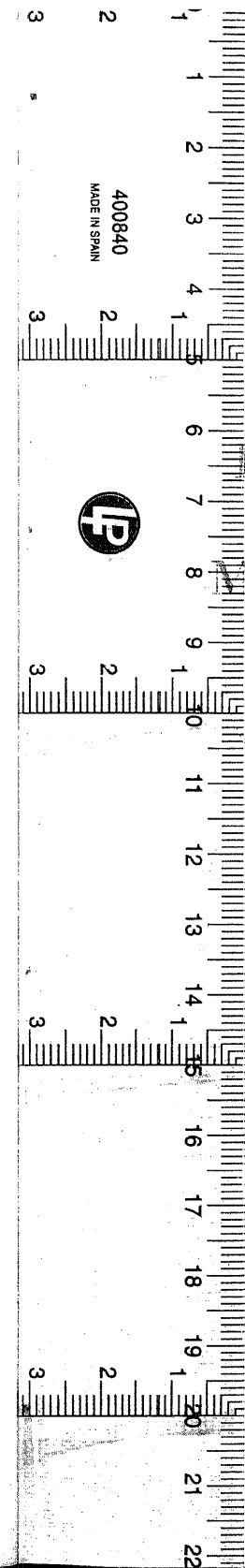
MIGUEL MOTOS GUIRAO
CATEDRATICO DE DERECHO MERCANTIL

HACIA UNA NUEVA
DELIMITACION JURIDICA
DEL EMPRESARIO
MERCANTIL E INDUSTRIAL

A 609067

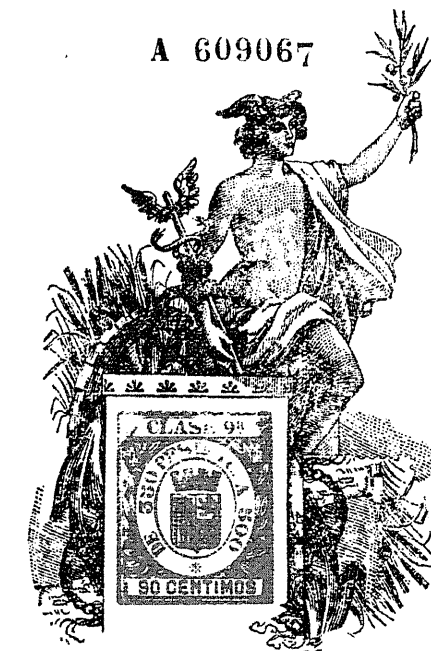


DISCURSO DE APERTURA
UNIVERSIDAD DE GRANADA
CURSO MCMLXXXI-MCMLXXXII



MIGUEL MOTOS GUIRAO
CATEDRATICO DE DERECHO MERCANTIL

HACIA UNA NUEVA
DELIMITACION JURIDICA
DEL EMPRESARIO
MERCANTIL E INDUSTRIAL



DISCURSO DE APERTURA
UNIVERSIDAD DE GRANADA
CURSO MCMLXXXI-MCMLXXXII

27

450 Aniversario de la Fundación de la Universidad

MIGUEL MOTOS GUIRAO

CATEDRATICO DE DERECHO MERCANTIL

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
GRANADA
N.º Documento 241580
N.º Copia 241604

HACIA UNA NUEVA
DELIMITACION JURIDICA
DEL EMPRESARIO
MERCANTIL E INDUSTRIAL



DISCURSO DE APERTURA
UNIVERSIDAD DE GRANADA
CURSO MCMLXXXI-MCMLXXXII

UNIVERSIDAD DE GRANADA. HACIA UNA NUEVA
DELIMITACION JURIDICA DEL EMPRESARIO
MERCANTIL E INDUSTRIA. Editado e impreso por el
Secretariado de Publicaciones de la Universidad de
Granada. Depósito legal: Gr. 324.1981

Imprenta de la Universidad de Granada
Hospital Real. Granada
(España)

Excelentísimo y Magnífico Sr. Rector;
Excelentísimos e Ilustrísimos Señores;
Señoras y Señores;
Queridos Profesores y Alumnos de la Universidad:

Al iniciarse en el día de hoy un nuevo curso académico me ha correspondido a mí, por el turno de Facultades y antigüedad en el escalafón —que no por otros méritos— el dictar una lección acogida a una usual terminología, la de discurso de apertura. Ahora, como siempre, se trata de algo más modesto, unas simples reflexiones sobre un tema de mi especialidad pero cuya actualidad y trascendencia parece desbordar ampliamente su marco jurídico.

Ha querido, sin embargo, el azar que en este año se produzca una especial circunstancia, la de cumplirse una fecha histórica para la Universidad de Granada: Los cuatrocientos cincuenta años de su creación. Fue el 14 de junio de 1531 cuando el Papa Clemente VII expedía Bula y Carta Ejecutorial estableciendo en Granada, en la forma concedida a otros estudios generales y a sus Universidades, “una escuela general en la que se expliquen cualquier facultad lícita y se confieran y concedan todos los grados, del modo que se hayan acostumbrado a conferir y conceder en la Universidad de Bolonia, en la de París, en la de Salamanca, en la de Alcalá y en otras Universidades de estudios generales”. Cumpliendo de ese modo lo mandado por el Emperador Carlos V en su Real Cédula de 7 de noviembre de 1526 de “hacer un Colegio de Lógica, Filosofía e Teología e Canones”, al

propio tiempo que disponía y autorizaba al Arzobispo para que hiciera las ordenanzas y constituciones necesarias “acerca de la forma e manera como ha de ser el estudio que habemos acordado hacer y edificar en la Cibdad de Granada como cabeza del dicho reino”.

Al azar se debe también que quien os habla haya participado en las tareas de esta querida Universidad casi en los últimos cincuenta años de este periodo universitario, desde el año 1935 en que accedí como alumno para pasar sin solución de continuidad a su Profesorado. Ayudante de clases prácticas, Auxiliar temporal, Adjunto y Catedrático numerario, treinta y siete años de profesorado, sin más paréntesis en los 46 años de mi vida universitaria granadina que el impuesto por el doloroso episodio de la Guerra española, en el que las Letras fueron sustituidas por las Armas, en uno de los ejércitos en lucha.

Aun cuando voces más autorizadas que la mía puedan referirse a esta efemérides, quiero desde aquí unirme al homenaje debido a quien creó la Universidad de Granada, a quienes participaron en sus trabajos y afanes como discentes o docentes y a la propia institución que ha sabido mantenerse firme y constante en el cumplimiento de su misión. Séame permitido añadir, que por mi parte, he querido y quiero ser fiel al mensaje y a los valores que la Universidad me ha transmitido, como a todos los que de ella formamos parte.

I. INTRODUCCION

He escogido como tema para este acto el de *Hacia una nueva delimitación jurídica del empresario mercantil e industrial*. La razón de ello estriba en el hecho evidente de que cuando hablamos unitariamente de *empresa* o *empresario*, nos estamos refiriendo a supuestos fácticos heterogéneos en su concepción, en su trascendencia económica y social. Importa dilucidar si no atraviesa una profunda crisis la unidad jurídica que impone el ordenamiento mercantil en torno al empresario como titular de la empresa mercantil e industrial. Y si se llega a esta conclusión, como me parece evidente, hay que plantear de cara a la realidad española la árdua cuestión de si nos encontramos ya, o estamos en trance inminente de llegar a sostener que no es posible mantener la terminología usual de empresa y empresario para significar conceptos escindidos o de equívoca significación jurídica. En otras palabras, se trata de encajar los nuevos perfiles dimensionales y cualitativos del empresario en un nuevo marco jurídico unitario. Y si esto no es posible, hay que escindir el concepto en categorías distincionales claras y precisas frente al Derecho. Acomodar el Derecho, dentro de los límites de la Justicia y de la Etica, a la realidad social y económica circundante, es tarea indeclinable del jurista. Entiendo que ha llegado el momento de extraer consecuencias del profundo alejamiento de aquella realidad a un ordenamiento mercantil plenamente desbordado por las circunstancias y hechos que vivimos.

No es posible a estas alturas considerar jurídicamente empresarios con iguales obligaciones y responsabilidades a la Compañía Telefónica Nacional que al modesto tendero del pueblo, ni al Corte Inglés, con decenas de

sucursales en grandes establecimientos, con miles de trabajadores, que al frutero del barrio que sólo o con la ayuda de su esposa integran y llenan ese mismo concepto de empresario y empresa. Otro tanto ocurre con el empresario asentado en un inmenso establecimiento de miles de metros cuadrados y el que vende en forma ambulante, sobre una furgoneta o extendiendo simplemente una manta sobre la acera de una de nuestras ciudades. Tan empresarios son los unos como los otros de cara a nuestro sistema jurídico.

Y no se diga ni hable tanto de las *pequeñas* y *medianas* empresas porque siendo su presencia tangible en el mundo comercial, tal criterio distintivo no existe en nuestro ordenamiento jurídico básico. Y es mal camino el emprendido por un legislador patrio que intenta resolver el problema con disposiciones fragmentarias, ortopédicas siempre; en ocasiones, contradictorias, como más adelante analizaré. Se sigue una senda equivocada en mi opinión, dando contenido a una escisión dimensional del concepto de empresario, de forma imprecisa e insegura porque las categorías de empresarios *grandes*, *medianos* y *pequeños* tienen bases y contenido distinto según la naturaleza de la rama laboral, fiscal o económica contemplada aisladamente por el legislador español, sin que tales denominaciones tengan encaje distinto de ninguna clase en el marco adecuado: el ordenamiento jurídico mercantil.

1. Bases históricas de partida

En su origen romano, *commercium* es sinónimo de relaciones jurídicas aptas para las relaciones humanas en orden a la utilización de los bienes. De ahí la distinción entre cosas *in commercium* y *extra commercium*, ya recogida en el Digesto y en las Reglas de Ulpiano¹, de obligado reconocimiento en el mundo jurídico posterior.

Más tarde, el titular profesional de esta actividad, a la que consagra su forma de vida recibe el nombre de *mercader*, que alcanza su plenitud en la Edad Media y que se caracteriza por una triple cualidad:

1. Se trata de persona que actúa en el tráfico (interposición en el cambio de bienes y servicios) *ratione mercatura*.

2. Que adquiere un *status* como consecuencia de su inscripción en la *matrícula de mercaderes* (Consulado), y

3. Que está amparado por una *jurisdicción especial*, ya que goza del privilegio de acudir en sus litigios a un Tribunal *ad hoc* (Tribunal del Consulado).

Puesto distinto ocupa el *artífice*, ya que no opera sobre la circulación y distribución de la riqueza, sino *sobre su producción*. En otras palabras, el artífice es un antecesor del moderno industrial, siquiera la afirmación no sea del todo exacta.

2. Equiparación entre comerciante e industrial

Económicamente, son cosas distintas sus campos operativos, según haya simple circulación, *comercio*, o exista el proceso transformador, en cuyo caso nos encontramos en el campo de la *industria*.

Pero *jurídicamente*, la distinción es irrelevante. La voz comercio tiene un sentido más amplio en el mundo jurídico que en el de los negocios. El Derecho mercantil se aplica *indistintamente* al comerciante como al industrial. Por esta razón nuestro *Código de comercio* se muestra indiferente para atraer a su calificación de comerciantes, tanto a las sociedades *mercantiles* como *industriales* (art. 1º y 2º). Y en trance de delimitar el contrato más importante que existe en el mundo jurídico, público y privado, la *compraventa mercantil*, se pronuncia en análogo sentido, respecto de la mercancía vendida, al decir el art. 325 del mismo cuerpo legal, "bien en la *misma* forma que se compraron o bien en forma *distinta*".

3. Equiparación entre comerciante y empresario

Entendido así el concepto jurídico del comerciante, que engloba al comerciante *strictu sensu* y al industrial, esta locución ha sido sustituida en tiempos más recientes por la de *empresario*. Con frase precisa, uno de nuestros más profundos mercantilistas, el prof. Girón Tena lo ha puesto de

relieve, indicando que el actual empresario es el sucesor histórico del comerciante y que donde estaba el comerciante está hoy el empresario².

Ciertamente nuestro viejo *Código de comercio* sigue fielmente utilizando en sus preceptos no modificados la voz "comerciante", pero debemos señalar que tanto en la doctrina científica, como en la legislación mercantil especial se ha dado entrada al "empresario", lo que asimismo ocurre con su corriente utilización por nuestro Tribunal Supremo.

Rompió el viejo molde el *Reglamento del Registro mercantil* de 14 de diciembre de 1956, al identificar totalmente a los comerciantes individuales con los empresarios. La *Ley de Asociaciones y uniones de empresas* de 28 de diciembre de 1963, contrapone las sociedades a los empresarios individuales, sin nombrar siquiera a los comerciantes (art. 2º). Y lo propio ocurre con el *Decreto regulador de las sociedades de garantía recíproca*, de 26 de junio de 1978, que en su art. 1º se contrae a los empresarios.

Pero es mucho más relevante todavía que haya entrado el concepto de empresario, coexistiendo con el de comerciante, en el propio *Código de comercio*, en sus arts. 16, 17 y 30 redactados por la *Ley de 21 de julio de 1973*.

II. CONCEPTO JURIDICO DEL EMPRESARIO

1. Unidad del concepto

Según nuestro actual ordenamiento mercantil no existen varias categorías de empresarios, sino una sola, un solo *status* jurídico, común al empresario individual y al social, se dicta en los num. 1 y 2 del art. 1º del *Código de comercio*, para el antiguo comerciante y para las sociedades mercantiles.

Si el concepto jurídico del empresario es unitario en el Derecho mercantil español, es evidente que serán comunes a todos ellos los deberes y derechos que dimanen del estado de comerciante o empresario. Es decir, que las obligaciones de contabilidad o las situaciones de suspensión de pagos o de quiebra, lo serán también.

Pero esto entraña una gran injusticia, señalada por Langle³, al equiparar a efectos jurídicos al empresario organizado como al ambulante, al gran superalmacén como al pequeño comerciante. De ahí los esfuerzos realizados en el moderno Derecho comparado para *escindir* el concepto jurídico unitario de empresario ó, por lo menos, conectar consecuencias jurídicas diferentes a sus distintas categorías.

Antes de analizarlas, conviene indicar que también en nuestro *primer Código de comercio*, el de Sainz de Andino, de 1829, se estableció una distinción entre el comerciante al *por menor* "aquel que en las cosas que se miden, vende por varas; en las que se pesan, por menos de arroba, y en las que se cuentan, por bultos sueltos" (art. 38). Consecuente con la distinción (los restantes lo eran al *por mayor*), a aquéllos la obligación de redactar un balance anual era *aliviada*, al tener que hacerlo sólo cada tres años (art. 38), y la de sentar en el Libro Diario sus ventas individualmente, era contraída a la de trasladar diariamente el resultado final (art. 39). La explicación del por qué de la distinción era dada por Martí de Eixala con estas palabras: "Hay un carácter que los distingue: el comercio al por mayor supone ordinariamente la necesidad de otro contrato mercantil, la reventa; el comercio al por menor pone término con él al hecho mercantil"⁴.

III. LA ESCISION DEL CONCEPTO EN EL DERECHO COMPARADO

1. Sistema alemán

Ya en el HGB (*Código de comercio*) se distingue (art. 4º) al comerciante pleno (*Vollkaufleute*) del menos pleno o semipleno (*Minderkaufleute*), al que solemos traducir por "pequeño comerciante". Los criterios distintivos son diversos, máxime después de la reforma de la *Ley de 31 de marzo de 1953*, bien estudiada por Möller y Molitor⁵.

Las consecuencias más relevantes son las que sintetiza Gierke⁶ al decir que los "pequeños comerciantes" están exentos de las disposiciones sobre nombre comercial y por consiguiente no tienen acceso al Registro Mercan-

til. También de las normas rigurosas de la llevanza de libros de comercio, aunque no de la contabilidad frente al Fisco. Otro tanto ocurre con las normas sobre apoderamiento (prokura) y la prohibición de integrarse en ciertos tipos de sociedades mercantiles (sociedades colectivas y comanditarias), aparte de otras disposiciones menores.

2. Sistema italiano

Es antigua la preocupación italiana por dar entrada a una nueva categoría empresarial, la de los pequeños empresarios o comerciantes. Ya el Proyecto Vivante (art. 7) hablaba de "aquellos que ejercitan, sin socios, una industria o un comercio que no supere los límites de la profesión ú oficio (mestiere). Igual sucedía con el Proyecto D'Amelio (art. 8) que invocaba dentro de la categoría a "aquél que ejercita individualmente una industria o un comercio que no supere los límites del *mestiere* o del pequeño tráfico, y el propio Proyecto Ministerial se refería a aquéllos que ejerciten profesionalmente el pequeño comercio o la mediación, pero ninguno de ellos facilitaba los precisos límites cuantitativos para ello, según puso de relieve con acierto Raza en su importante estudio⁷.

El vigente Código civil italiano crea, la distinción entre el empresario normal y el *piccolo imprenditore*. A tal fin, dice su art. 2.083: "Son pequeños empresarios los cultivadores directos de los fundos, los artesanos, los pequeños comerciantes y todos los que ejercitan una actividad profesional organizada predominantemente con su trabajo propio y el de los componentes de su familia".

Aún cuando la polémica en torno a la precisa delimitación de esta categoría del pequeño empresario es interminable⁸ y la vigorosa personalidad de Bigiavi⁹ no fue bastante para acallar las encendidas discusiones en torno a si los *piccoli imprenditori* son auténticos empresarios, y a las distintas obligaciones sobre contabilidad e inscripción en el Registro de las empresas y, más todavía, sobre el espinoso tema de si están o no exentos de la quiebra y demás procedimientos concursales, dada la interferencia de la *Legge fallimentare*¹⁰.

En todo caso la categoría ha sido creada, cualquiera que sean las dificultades de precisión del concepto distincional. De todas formas hay que asentir a la afirmación de Ferri de que la diferencia entre empresario y pequeño empresario no es exclusivamente cuantitativa, excepto en materia de quiebras por imperio del art. 1 (Leg. fall). En su opinión¹¹ la diferencia es más cualitativa que cuantitativa o dimensional. En la pequeña empresa más que organización empresarial, *azienda*, hay actividad profesional del empresario: la actividad personal predomina sobre la organización.

3. La protección del pequeño empresario en otros sistemas

En otros sistemas legislativos la visión del pequeño y mediano empresario se proyecta en aras de una adecuada protección, asesoramiento, financiación y facilidades fiscales.

Así en *Norteamérica* donde el Gobierno de los E.E.U.U. creó en 1953 la *Small Business Administration*, cuyas realizaciones no siempre han correspondido a las esperanzas depositadas¹².

Por su parte, el *Parlamento Europeo* dicta una *Resolución de 11 de mayo de 1976*, "a la vista de la importancia de los pequeños empresarios para la C.E.E., encargando a la Comisión Económica y Monetaria su estudio en profundidad. Fruto de esta tarea es el *Informe Notenboom*¹³, hecho público en 8 de febrero de 1978 y discutido por el Parlamento Europeo en la sesión plenaria celebrada en Estrasburgo el 16 del mismo mes y año. En su intervención ante el Pleno, el Comisario D'Avignon dijo que, pese a todo, es un hecho que nuestro sistema económico tiende a actuar dando un trato privilegiado a las empresas más grandes, de ahí la necesidad de un contacto permanente con los representantes de estas pequeñas y medianas empresas.

En análoga posición el *Gobierno japonés* publicó en 1977 el llamado *White paper on Small and Medium enterprises*, que ha facilitado la posterior Ley básica de estas empresas, existiendo una decidida política de ayuda y consolidación del sector¹⁴.

La filosofía que preside este amplio movimiento no se proyecta hacia una escisión jurídica del concepto de empresario, que queda sometida al

derecho interno, sino a la idea crucial del reconocimiento existencial de un pequeño y medio empresario al que hay que proteger.

IV. EL PROBLEMA EN EL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL

1. Doctrina favorable a la escisión

Ya en 1953 el Prof. Langle, recordado antecesor mío en la cátedra, sostuvo que la pequeña empresa mercantil de tipo social cuenta con una expresa y adecuada reglamentación, merced a la ley sobre sociedades de responsabilidad limitada. Pero la pequeña empresa mercantil individual, que encarna en la figura de lo que en otras legislaciones más adelantadas llaman “pequeño comerciante o pequeño empresario”, sigue hallándose en nuestro Derecho mercantil positivo huérfana de reconocimiento y tutela, y, añadía: “Vive en la realidad y no en la ley; está situada a espaldas de ella, existiendo por mera tolerancia”¹⁵.

En 1962, pronto hará una veintena de años, resueltamente manifesté mi opinión favorable a la escisión, con estas palabras: “..Si el concepto español de comerciante o empresario se escindiera como parece aconsejable, dando paso a la categoría del pequeño empresario..”¹⁶.

En tiempos mucho más recientes, en 1978, mi maestro, inolvidable y querido, a quien dirijo desde aquí el mejor de mis recuerdos, agradecimiento y cariño, el Prof. Polo, citando mi opinión, expone la suya, más poderosa y autorizada en el mismo sentido: “Un aspecto que acaso deba abordar la reforma del ordenamiento mercantil español es la posibilidad de otorgar un distinto estatuto profesional a los empresarios en razón al volumen de sus negocios o a la cuantía del capital invertido”, y, añade: “Pensamos en el problema de los pequeños comerciantes o empresarios, que acostumbra a estudiarse bajo la rúbrica más difundida de la pequeña empresa”¹⁷.

2. Intentos parciales en el Derecho positivo español

Con acierto el Prof. Girón Tena sostuvo que el tema de la magnitud de las empresas se puede considerar como lo más significativo de nuestro tiempo en el sector del Derecho mercantil, precisando que la tendencia hacia el agrandamiento de la magnitud empresarial era el resultado de las ventajas objetivas que motivan el crecimiento de las empresas¹⁸.

La razón de la desventaja de la pequeña y mediana empresa frente a la gran empresa, desde el punto de vista económico-financiero estriba en que la PYME (pequeña y mediana empresa) al tener mayor riesgo económico y financiero y unos volúmenes de pedidos de tamaño más reducido, tiene un mayor coste en los medios de producción. Es segura la existencia de unas curvas de coste de capital para cada *ranking* de tamaños, con mayor coste y ritmo en su crecimiento, en razón inversa a la dimensión¹⁹.

A) Movimiento de defensa de la mediana y pequeña empresa

Parece ser pacífico el deseo de defender y amparar las unidades empresariales más débiles. Movimiento de amparo que trata sustancialmente de facilitar la comercialización y venta de sus productos. Poner a su alcance las novedades tecnológicas más relevantes y sus métodos de aplicación para el aumento de la productividad de sus plantas industriales. Para facilitararlo, se trata de darles nuevas y más adecuadas fuentes de financiación y acceso al crédito bancario o de las Cajas de ahorro mediante la concesión de créditos más privilegiados o a interés más reducido. Apoyo extensivo a desgravaciones fiscales y auxilios en materia de Seguridad Social o en una mayor flexibilidad en sus plantillas laborales para su óptimo reajuste. Se pone a su servicio la informática para el *marketing* nacional y extranjero²⁰.

B) Justificación de este movimiento

El nervio central de este apoyo a la PYME estriba en su importancia numérica y cuantitativa de mano de obra. Sin perjuicio de la cita de estas estadísticas más fiables²¹, se puede resumir diciendo que en España, frente

al conjunto empresarial patrio la *PYME* comporta el 99'5 % de su número total, y más del 70 % del número de los trabajadores españoles²².

Pero hay otro dato más revelador aún, extraído del ingente esfuerzo del Prof. Jane Sola²³, y es que de los 700.000 nuevos puestos de trabajo creados en España entre 1970 y 1975, la gran empresa sólo creó 50.000, mientras que la PYME empleó la crucial cifra de los 650.000 restantes. Y si se recoge una serie más amplia, como hizo el mencionado autor en el año 1977, para el periodo analizado entre los años 1958 a 1975, -todo el periodo de desarrollo y expansión español-, la gran empresa tuvo un incremento del 66% en cuanto a su número, al paso que la PYME lo fue del 318 %.

Mayores dificultades ofrece el cómputo de utilización de formas societarias por la PYME frente a la gran empresa. Exponente clásico y superficial es la reserva de la sociedad anónima para la gran empresa, frente a la sociedad de responsabilidad limitada y otras formas sociales para la pequeña y mediana empresa²⁴. Conviene prevenir que si es cierto que la gran empresa nunca puede adoptar la forma social de la comanditaria por acciones o de la sociedad de responsabilidad limitada²⁵, no lo es menos la utilización extraordinaria de la sociedad anónima no solo para la gran empresa, sino para la pequeña y mediana ²⁶.

Lo demuestra el hecho, referido al *año 1975*, dato de inflexión de nuestro despliegue industrial, la cifra de 11.391 sociedades anónimas y limitadas frente a sólo 31 sociedades colectivas y comanditarias. Y desdoblado las primeras observaremos que el total de sociedades anónimas inscritas en España entonces es el de 86.992, frente al de las 25.218 sociedades de responsabilidad limitada. Otro dato elocuente es que en el *año 1977*, se constituyen 7.949 anónimas y 3.080 limitadas, pero la diferencia cuantitativa en orden al capital social aportado es escasa: El capital medio de esas anónimas es el de algo más de cuatro millones (4.188.000 pesetas) mientras que el correspondiente a las limitadas rebasa ampliamente el de un millón y cuarto, (1.324.000 pesetas), lo que demuestra cumplidamente la observación anterior mía respecto de la utilización de la forma social anónima por la PYME²⁷.

C) Tendencia expansiva proteccionista

En base a estas coordenadas, el movimiento de apoyo a estas empresas pequeñas y medianas, se extiende también en dos proyecciones principales. De un lado, al campo controvertido de la *artesanía*, a la que más adelante me referiré ampliamente²⁸. De otro a las *cooperativas* de pequeños y medianos empresarios, ampliamente apoyadas por el movimiento cooperativista católico, en base a su empresa invocación por el Papa Juan XXIII en la *Mater et Magistra*²⁹. En España estas cooperativas de pequeños y medianos empresarios ha alcanzado un gran relieve³⁰ y, mayor aún, debería lograrse.

D) El dilema planteado al legislador español

Al legislador español se le plantea el dilema que recientemente señalaba Polo: "Si debe ofrecerse a los pequeños empresarios o titulares de la pequeña empresa un estatuto profesional distinto y separado del común a los demás empresarios o si, más radicalmente, deben declararse excluidos del campo de aplicación de las normas mercantiles"³¹.

Bien es cierto que cualquiera de las soluciones apuntadas exige previamente la precisa delimitación (cuantitativa y cualitativa) del concepto de la *pequeña* empresa y si se quiere, añadir otra, la *mediana*, no habrá más remedio que definir y acotar cada una de estas categorías empresariales para poderles aplicar las proyectadas consecuencias distintionales de cara al empresario normal.

Pero aquí el mal y la dificultad española. Es tarea sumamente espinosa la fijación *ex lege* del concepto legal de la *pequeña*, y más todavía, si lo complicamos, de la *mediana* y la *gran* empresa. Las categorías dimensionales precisan límites cuantitativos mínimos y máximos arriesgados siempre. Si vemos una persona que tiene la cabeza como una bola de billar afirmamos sin vacilar que es un calvo; más difícil sería decir cuantos cabellos han tenido que caérsele para merecer con justicia el calificativo.

Y como el legislador *mercantil* español no se ha planteado seriamente el problema, ha dejado para el ocasional su solución y ésta ha sido la utilización de esta terminología sin una precisa y segura conceptualización jurídica. El mal radica no solo en que lo del pequeño y mediano empresario está en la

calle, en la inmensa propaganda de nuestros medios de comunicación, sino, lo peor, es que está en el *Boletín Oficial del Estado* en forma que yo no dudo de calificar como fragmentaria, insegura y, hasta, contradictoria.

E) Soluciones fragmentarias

Partiendo de estas directrices se fijó concretamente el cometido del Plan de Desarrollo Económico (Resumen de medidas preliminares) diciendo textualmente: "Se propondrán las medidas de asistencia financiera y técnica necesarias para facilitar el desarrollo de las empresas medianas y pequeñas y se facilitarán las uniones y asociaciones de empresas que sean beneficiosas para la Economía nacional".

Para ello el Gobierno español ha contado con valiosas colaboraciones, aunque en alguna de ellas, *Informe Sudreau*³², se llama la atención al propio Estado por contribuir a las dificultades de financiación de estas pequeñas empresas por causa del retraso en los pagos. Es ejemplar para todos leer en él³³: "Es esencial que el Estado y las colectividades locales modifiquen su práctica y paguen sus deudas en plazos convenientes". Innecesario es todo comentario. Apenas hace un par de meses que el Comité ejecutivo de la UNIPYME español ha pedido la actualización de la Ley de Bases de contratos del Estado³⁴.

Además el Estado español ha creado un organismo *ad hoc*, el Instituto de Reforma de las estructuras comerciales (IRESCO), integrado en el Ministerio de Comercio. El IRESCO ha realizado, en colaboración con el empresa Macrométrica, un serio estudio sobre los problemas de financiación de la PYME³⁵, informe redactado en 1977.

Una parte de esta fragmentada y sectorial legislación la invocamos ahora.

a) En materia contable

El *Decreto de 20 de Julio de 1974*³⁶ regula el *Plan de contabilidad para las pequeñas y medianas empresas*. Bien se comprende que para alcanzar el

apetecido éxito lo primero que tiene que hacer el legislador es decirnos qué constituye su esencia.

La innegable dificultad del tema, creadas ambas categorías de empresas pequeñas y medianas, no escapa a su consideración. Paladinamente lo proclama: "La clasificación de las empresas por razón de su tamaño y dimensión es materia sobre la cual no existe, al menos hasta ahora, una doctrina dominante. Los problemas se presentan en particular por una parte, con motivo de la elección de los elementos determinantes de que una empresa en concreto deba calificarse de grande, mediana o pequeña; y por otro, cuando se intentan fijar los límites o fronteras de cada uno de los grupos comprendidos en la clasificación". El *Séneca* y *Pemán*, si vivieran, apostillarían sin duda: "Ahí te duele, mi amigo".

La solución legislada es salomónica: "Entendiendo por pequeñas y medianas empresas, a los efectos puramente contables, aquellas que para registrar todas sus operaciones no tengan que acudir de modo habitual al Plan General". Lo que a mí no deja de parecerme una petición de principio.

Dicho esto, hay un intento del legislador de distinción entre la pequeña y mediana empresa frente a la gran empresa, siquiera sea por *vía negativa*:

Quedan excluidas de la conceptualización de pequeñas y medianas empresas, a los fines contables indicados:

- a) Las sociedades cuyos títulos se coticen en Bolsa
- b) Las sociedades que emitan obligaciones, bonos ú otros títulos análogos representativos de deudas
- c) Las sociedades que formen parte de un grupo nacional o extranjero, bien como dominantes, bien como dominadas, bajo las condiciones que figuran en el apartado 9 de la Instrucción del Plan General de Contabilidad³⁷.
- d) Los establecimientos permanentes en España de sociedades extranjeras.
- e) Las sociedades españolas con establecimiento permanente en el extranjero".

Con carácter más general, se consideran igualmente excluidas del PCPME³⁸ a las empresas afectadas por disposiciones legales específicas

(dictadas o que se dicten en el futuro) para ellas o para el sector de actividad económica en el que estén incluidas, cuando en tales disposiciones se exija una información contable desarrollada o pormenorizada.

Pese a su casuismo y ámbito concreto operativo es un intento al fin y al cabo. Con lo que no podemos estar de acuerdo en modo alguno son con dos cosas: En primer lugar con el hecho de que a la parte dispositiva lleve el texto legal antes transcrito la frase “La Comisión también es *de parecer...* “Porque las Comisiones opinan, pero el legislador *manda*, y no existe cláusula alguna de conformidad del legislador con el parecer de su Comisión informante. Menos cabe compartir la doble categoría de pequeña y de mediana empresas ya que no se vé por parte alguna en el texto legal distinción o separación entre las mismas, lo que en buena lógica debiera entrañar la desaparición de esta doble categoría. Con esto repito lo que ya dije en cierta ocasión: Crear nuevas categorías jurídicas sin una precisa delimitación nunca podrá constituir un acierto³⁹.

b) En materia crediticia y financiera

A escasas fechas del analizado Decreto, el Ministerio de Hacienda, competente a la sazón, produce las primeras consecuencias jurídicas: Autorización al Banco de Crédito Industrial para la concesión de créditos a las pequeñas y medianas empresas, a través de las Cajas de Ahorro (*Orden de 23 de diciembre de 1974*).

Pero el despliegue de apoyo a la PYME desde perspectivas económico-financiera se conecta a la creación del *Instituto de la pequeña y mediana empresa*⁴⁰.

Su organización y funciones fueron reguladas por el *Decreto de 13 de enero de 1977*, que atribuye al mencionado Instituto el impulso y ejecución de la política del Gobierno en relación con la *pequeña y mediana empresa industrial*, y entrando en trance de definición añade en su número 2: “A los efectos de lo establecido en la presente disposición, se entenderá por *pequeñas y medianas industrias*, las empresas que, no siendo artesanas, reúnan las condiciones que por el mismo se determinen”.

Criterio cómodo, relegar para momento posterior y por persona delegada lo que bien pudo hacer el delegante. Presenta también el inconveniente de tener previamente que calificar a una empresa de artesana o no.

Posteriormente, la *Orden de 25 de noviembre de 1977* (M. de Economía) delega, a su vez, en el *Banco de España* la distribución de la financiación externa entre las *grandes* empresas y las de dimensión *media y pequeña* (art. 1), y arrojando los riesgos consiguientes establece:

“A los solos efectos de la presente Orden, se consideran como *grandes* empresas aquellas que, según los datos de la Central de Información de Riesgos del Banco de España al 30 de septiembre del presente año, hayan dispuesto por crédito y descuento comercial y financiero, en el conjunto de las instituciones crediticias, de un volumen superior a los 300 millones de pesetas”.

Criterio coyuntural, de impronta insegura porque el dato de partida advertirá que todas las que hayan superado tal cifra son grandes, pero esto no podrá negar el mismo carácter a otras empresas que no hayan alcanzado esta cota, por ser un factor contingencial puro.

Por lo demás, sigo sin entender por qué se sigue subdistinguiendo la mediana de la pequeña empresa, sin fijar ni apuntar criterio alguno para ello.

Es importante recordar que la concreción de la pequeña y mediana empresa es vital para la concesión de *líneas especiales* de créditos por el Banco de Crédito Industrial (*Orden de 21 de abril 1977*); Cajas de Ahorro (00. de 23 de diciembre 1974 y 31 octubre 1977); Banca privada (*Orden de 25 de noviembre 1977*), y Sociedades de garantía recíproca (*Real Decreto de 26 de julio de 1978*) puesto que precisamente su razón de ser es su financiación aunque expresamente no las invoque. Especialmente tiene relevancia porque en 23 de julio del presente año se ha firmado la constitución en el Ministerio de Economía y Comercio de la llamada *Sociedad Mixta del Segundo Aval Estatal a las Sociedades de Garantía Recíproca*⁴¹.

c) En materia laboral

El turno de opiniones sigue porque el legislador laboral recoge un criterio dimensional en función del *número de trabajadores* de la empresa. A

este efecto, el *Estatuto de los trabajadores* (Ley 8/1980 de 10 de marzo) no utiliza la distinción terminológica de pequeña empresa, pero el criterio distincional se observa en el relevante dato de si existen delegados de personal (empresas con *menos de cincuenta y más de diez* trabajadores fijos (art. 61), frente al supuesto de los Comités de empresa (en empresas cuyo censo sea de *cincuenta o más* trabajadores fijos (art. 63, núm. 1). Por exclusión tenemos las de *menos de diez* trabajadores, que serían las pequeñas empresas a efectos laborales.

Integración en el ámbito de estas pequeñas y medianas empresas pueden lograr, a mi juicio, las *cooperativas de trabajo asociado*, a las que se refieren el art. 48 de la *Ley* de 21 de diciembre de 1974 y 108 de su *Reglamento*, *ambos de cooperativas* y gozan o pueden gozar del beneficio fiscal señalado en el art. 1º de la *Orden de 25 de enero de 1980* en cuanto al impuesto de Sociedades aplicando a sus beneficios una tasa especial de favor del 18%.

Otro tanto podemos decir respecto de la utilización por los pequeños y medianos empresarios de la forma social de la llamada *anónima laboral*, siempre que no se rebasen los límites y condiciones impuestos por su art. 5º⁴².

d) Otros criterios

En armonía con el criterio seguido por la *Comunidad Económica Europea*, en la CEPYME española se suele incluir dentro de su ámbito específico las empresas entre 5 y 500 trabajadores⁴³.

Por su parte la *Asociación para el progreso de la dirección*, sigue el criterio de que empresa *grande* es la que tiene un capital propio superior a 500 millones. La *mediana*, entre 100 y 500; y por exclusión, *pequeñas*, con menos de 100 millones⁴⁴.

Otro criterio seguido por el legislador *fiscal* es cuando se trate de empresas constituidas en forma de sociedades fijar unos límites cuantitativos (inferior a 100 millones de capital social) y que no excedan de 25 socios. Lo apunto porque es el señalado por la *Ley del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas* (Ley 44/1978) de 8 de septiembre, así como su Reglamento concede una opción al regimen de *transparencia* a estas sociedades, lo que parece pensado para las pequeñas y medianas empresas⁴⁵.

Por excepción, quisiera añadir un criterio subjetivo, susceptible de reconsideración, según declara su autor: El prof. Cuervo, que es el siguiente⁴⁶:

Parte de bases cuantitativas y cualitativas. Las cuantitativas están en función del número de empleados, el capital social, los recursos propios, la cifra de negocios, etc., y acepta que *pequeña* empresa es la que cuenta con menos de 50 trabajadores (menos de 5 la conceptúa de *artesana*) y unos recursos propios inferiores a 150 millones. Empresa *mediana* la que tiene una plantilla entre 51 y 250 empleados y recursos propios inferiores a 500 millones. En cuanto a la cifra de negocios, inferior a 150 millones para la *pequeña*, y entre 150-500 para las *medianas*⁴⁷.

Como datos cualitativos peculiares de la PYME apunta Cuervo los de no cotizar en bolsa, no ser un monopolio, independencia de grupos financieros e industriales, identidad entre la gestión y la propiedad de la empresa, estrecha relación del empresario con el personal, clientes y proveedores, vinculación especial a una ciudad, zona, comunidad, etc.

V. EL EMPRESARIO ARTESANO

1. Subsistencia y evolución del artesanado

La lucha y triunfo por la supervivencia del artesanado frente a la gran industria fue descrita por el *Papa Pio XII*, tan injustamente preterido con estas palabras, confirmadas por la posterior realidad:

“Durante más de un siglo, la artesanía ha tenido que combatir por su existencia frente a la potente y avasalladora gran industria; pero ha demostrado fuerza de resistencia y vigor de vida. Aún en las regiones más industrializadas y ricas, en grandes fábricas, ha vuelto hacia el futuro con un sentimiento de prometedora confianza”⁴⁸.

Las estadísticas que yo daba en mi estudio sobre la empresa artesana⁴⁹ han sido ampliamente sobrepasadas y el movimiento artesanal moderno aparece bajo perfiles nuevos.

Lo que ocurre es que hoy en día junto al tradicional sentido de la artesanía, como pura producción artística se ha pasado lentamente a un sector artesanal paralelo al industrial, aunque más limitado en su dimensión empresarial, pero concurrente y competitivo para algunos productos con empresas mercantiles de base y estructura mucho más amplias⁴⁹.

Las clásicas características que Sombart⁵⁰ atribuía a la artesanía: Fase precapitalista presidida por una combinación de elementos tales como los de fines de propio sustento, producción para el consumo; tradicionalismo, solidaridad, regulación restrictiva de la producción, tecnología estacionaria de tipo empírico, han sido desbordados.

De ahí que en la propia estructura moderna de la empresa artesana existen gérmenes peligrosos que tienden a deformarla. Como afirma Saporì⁵¹ el artesano en cuanto empresario tiende a extender los confines de su producción con una progresiva transferencia de su actividad creadora, que delega en otros, para convertirse en actividad mercantil, transformando su ganancia artesana (renta ricardiana) en beneficio industrial.

Estas transformaciones del artesanado implican la necesidad de su toma en consideración por el legislador.

2. Artesanado y Derecho mercantil

Tradicionalmente ambos conceptos se excluyen. De las dos formas evolutivas del antiguo *artífice*, una pasa al campo mercantil en la forma que vimos: la industria. Otra, por el contrario, se aleja de él: el artesano.

Por esta razón en el Derecho positivo español, ambos conceptos se excluyen. Así el art. 326, núm. 3º del *Código de comercio* afirma: "No se reputarán mercantiles las ventas que, de los objetos construidos o fabricados por los artesanos, hicieren éstos en sus talleres".

En consecuencia, si aún la actividad de venta del artesano no se considera mercantil, menos lo será aún su prestación de servicios profesionales.

El Código de comercio aleja de su esfera de dominio la actividad artesanal. Artesano y comerciante son conceptos antagónicos.

Así lo ha considerado la *jurisprudencia española* que en trance de calificar la actividad profesional del artesano, le *niega la condición de comerciante*, aplicando la excepción del núm. 3º del art. 326 "aún cuando los actos ejecutados con tal fin y tráfico peculiar del artesano pudieran estimarse actos de comercio", dice en términos demasiado tajantes la *Sent. del TS. de 3 de diciembre de 1955*.

Como antes dije, en la actualidad el problema se complica en extremo, porque la artesanía industrial tiende a confundirse en su aspecto de organización de producción y trabajo, en su aspecto externo, con la pequeña empresa industrial que sí es mercantil.

Y en esta zona de contacto en la que sus linderos son nebulosos hay que pararse a reflexionar y andar con cuidado porque las consecuencias pueden ser peligrosas. Ante dos pequeñas zapaterías con sus correspondientes zapatos en el escaparate podemos dudar si estamos en presencia de un artesano, un pequeño industrial o un simple comerciante. Si lo calificamos de comercio o industria, su titular empresarial está sujeto a las obligaciones de contabilidad mercantil, puede acogerse al beneficio de la suspensión de pagos o llevado a una quiebra fraudulenta si había incumplido la obligación de llevar libros de comercio: el artesano a nada de esto está sujeto. El empresario mercantil o industrial goza de la protección específica arrendaticia dimanante del hecho de que su establecimiento, asentado en propiedad urbana ajena, es calificado de local de negocio, al paso que el artesano carece de esta singular vía.

Esta confusión entre el pequeño empresario mercantil y el empresario artesano implica otro dilema para el legislador: O se define categóricamente con perfiles vigorosos y nítidos al empresario artesano, alejándole del campo mercantil e industrial; o bien se acepta la realidad económica actual de equipararle al pequeño empresario, para lo cual hay que crear esta figura en forma satisfactoria para el Derecho mercantil español.

Y el problema primero no es nada fácil, ya que siempre existen actividades económicas y oficios o profesiones en los que es insegura su calificación. Incluso en países como *Francia* con un excelente *Code de l'artisanat*⁵², la más reciente doctrina⁵³ pone de manifiesto que ni la delimitación del *Code*

citado, ni la más restrictiva propia del *Code general des Impots*, vinculan a los tribunales y que por esta razón es insegura la jurisprudencia francesa cuando tiene el deber de declarar si una persona es comerciante o artesano.

3. Orfandad legal de la empresa artesana en nuestro Derecho civil clásico

El legislador mercantil español de 1885 (Código de comercio) relega al campo civil la actividad de los artesanos. El sistema clásico fue el de una casi absoluta orfandad. Ciertamente es que en el *Código civil* se encuentran algunos preceptos aislados. Tales, por ejemplo, los arts. 1586 y 1587, al señalar la despedida en el trabajo por los artesanos y sus efectos; los arts. 1903 y 1904 al señalar también la responsabilidad de los artesanos por la culpa o negligencia de sus dependientes, o el art. 1922 estableciendo la preferencia de estos créditos del artesano como comprendidos entre los refaccionarios. O la de los arts. 1595 y siguientes sobre contrato de obra, ya que aún cuando no citan nominatim a los artesanos parece indudable su atracción legal.

Ante este silencio legal, y, en el periodo español posterior a nuestra Guerra, se intentó poner remedio a esta orfandad a través de una serie de disposiciones de escaso rango normativo que no ayudaron a resolver la cuestión sino que la complicaron enormemente. Ni las alusiones a la artesanía en el *Fuero del Trabajo*, ni las disposiciones emanadas de los Ministerios de Organización y Acción Sindical y, posteriormente, por el de la Secretaría General del Movimiento, ejecutadas por la *Obra Sindical de Artesanía* solucionaron la decisiva cuestión de establecer cuando una empresa es artesana, para poderla excluir del ámbito mercantil.

No quiero ahora ahondar en el tema. Lo que tenía que decir y comentar lo hice en su momento oportuno, en 1962, calificando toda esta confusa legislación o conjunto normativo de *innecesario*, alguno; otras, *muy difíciles de cumplir*; no vacilé en calificar otras de *injustas*, sin que faltaran las *imposibles*, como la famosa disposición de que el artesano tenía que soportar los riesgos mercantiles, cuando precisamente se le excluía totalmente del ámbito mercantil⁵⁴.

Con palabras duras pero justas lo dijo después Rodino⁵⁵: “Definir la figura del artesano en el derecho español no es precisamente una cosa fácil.

Demagogia aparte, hay poco jurídico que se preste a un análisis objetivo”, para añadir más tarde: “Es imposible en absoluto poder establecer cuándo se da paso de la figura del artesano a la del industrial”.

4. El Decreto de Ordenación de la Artesanía (22 febrero 1968)

Teniendo a la vista las críticas formuladas y no sin muchas vacilaciones, el legislador se decidió a poner remedio y a tal fin el Ministerio de Industria, en constante conflicto con la Obra Sindical de Artesanía, dictó el Decreto 335/68 de 22 de febrero, cumplimentado por el *Nomenclator* (Repertorio de Oficios Artesanos) a virtud de la *Orden de 22 de julio 1968*.

Saliendo al paso de las críticas hechas al *Proyecto de Estatuto*, en el primer Congreso Nacional Artesano⁵⁶, el vigente Decreto ordenador acota el concepto de *empresario artesano* (Maestro artesano) al decir en su art. 4º:

“A los efectos de lo dispuesto en los artículos siguientes, se considera artesano todo aquel que, en posesión de la Carta expedida por la Organización Sindical, realice habitualmente y por cuenta propia en su domicilio o fuera de él, una actividad de producción, transformación y reparación de bienes o de prestación de servicios de las enumeradas en el Repertorio de Oficios Artesanos, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la actividad desarrollada sea de carácter preferentemente manual, sin que pierda tal carácter por el empleo de utillaje y maquinaria auxiliar.
- b) Que el titular de la instalación participe personalmente en el trabajo, bien sólo, bien auxiliado por familiares de su convivencia o consanguíneos en cualquier grado.
- c) Que el número de trabajadores empleados con carácter permanente no exceda de cinco, excepción hecha de los aprendices”.

A la vista del texto transcrito, son elementos integrantes del concepto de empresario artesano, los siguientes:

- Actividad comprendida en el Repertorio (Nomenclator)
- Trabajo personal y familiar
- Indiferencia que se preste en el taller o fuera de él.

- Por cuenta propia (trabajo autónomo)
- De carácter preferente ha de ser manual (frente al de escala industrial).

Como todas las soluciones, el criterio seguido por el legislador español no está libre de objeciones⁵⁷. Es discutible, pero no censurable. El criterio recogido acota en límites razonables las notas cualitativas que presiden tradicionalmente el ejercicio profesional artesano.

Coincido con la imperiosa necesidad de fijar un límite al número de trabajadores para evitar la desnaturalización del artesanado y el amparo de posibles empresas artesanas fingidas⁵⁸.

El Estatuto fija este número, con carácter unitario, en el de *cinco*, pero la norma es atemperada, en parte, por la del art. 7º que faculta, en determinados casos y por tiempo limitado o no, un tope en el número de trabajadores distinto al señalado en el apartado c) del art. 4º⁵⁸(bis).

De modo expreso recoge el Estatuto la viabilidad de las *cooperativas artesanas*, exigiendo para ello que asocie a titulares de Carta de Artesano y que se dedique a alguna de las actividades recogidas en el repertorio o a comercializar sus propios productos.

El sistema español se alinea en el seguido por otros ordenamientos latinos, pero es menos flexible respecto del número máximo de trabajadores ajenos.

Así en el ordenamiento *italiano*, *Disciplina giuridica dell'impresa artigiana* de 25 de julio 1956⁵⁹, se matiza y subdistingue:

- No más de diez colaboradores dependientes para las empresas que no trabajan en serie.
- No más de cinco para las que produzcan en serie, siempre que el ciclo productivo no esté totalmente mecanizado.
- No más de cinco para las empresas de transporte.
- Número no prefijado para las restantes empresas artesanas que despliegan su actividad en el sector de los trabajos artísticos tradicionales y en la confección a medida, siempre que sean personalmente guiados y dirigidos por el titular de la empresa.

Por otra parte, el sistema italiano excluye la posibilidad de que una empresa artesana pueda constituirse en forma de sociedad anónima, de

responsabilidad limitada o comanditaria, en sus dos formas, simple y por acciones. Con esto queda a salvo la posibilidad de la empresa cooperativa y de la colectiva⁶⁰, "con tal de que la mayoría de los socios participen personalmente en el trabajo y que en la empresa el trabajo tenga función preeminente sobre el capital".

Otro sistema que conviene recordar es el *francés*. Su *Code de l'artisanat*⁶¹ establecía en su primitiva redacción que su número no podía exceder de cinco personas entre oficiales y aprendices. Sin embargo, el empleo *ocasional* de mayor número no hace perder la cualidad de artesano, a condición de que no tenga carácter periódico y de que el número total de jornadas de trabajo no exceda entre todas de noventa por año.

Tales límites han sido ampliados posteriormente⁶². Se fija en la actualidad el número *en diez* como máximo, pero es lícito agregarles 3 más si se trata de asalariados tarados físicamente o disminuidos mentales. Además, en el cómputo anterior no entran en consideración los familiares hasta el tercer grado ni hasta tres aprendices. Por otra parte se permite a la Administración oído el Consejo de Estado, fijar por Decreto límites mayores o menores, a título temporal o definitivo, para ciertos lugares o actividades.

Con acierto, el legislador español, en cambio, se aleja de otros sistemas más remisos a fijación cuantitativa alguna respecto del trabajo ajeno empleado por el artesano. Principalmente del *alemán*, establecido en su Ley ordenadora, la *Handwerksordnung*, 17 diciembre de 1953, tanto tiempo vetada su vigencia por las autoridades americanas de ocupación⁶³. En la materia contemplada, el legislador alemán no define para nada la empresa artesana. Únicamente el art. 1º, apartado 2º, señala dos presupuestos: Uno, que figure en el Nomenclator del oficio artesano en cuestión, y, además, que se ejercite la empresa con criterios artesanos, es decir, por su estructura. Los propios comentaristas de la ley alemana, sobre todo, Frohler⁶⁴ analizan esta deliberada omisión y la posición casuística adoptada por la jurisprudencia.

No existe límite alguno en el sistema *alemán* respecto del número máximo de trabajadores, con tal de que el empresario artesano siga interviniendo personalmente en su trabajo. Tampoco hay preocupación alguna respecto a su volumen de negocios ni al empleo de maquinaria con tal de que deje a salvo el desarrollo de la habilidad manual.

La *Handwerksordnung* prevé expresamente que la empresa artesana pueda extender su ámbito a campo societario. Para las cooperativas, comanditarias por acciones, anónimas y de responsabilidad limitada es preciso que su Director ostente la cualidad de maestro artesano. Para la colectiva y comanditaria simple, todos los socios colectivos han de cumplir estos requisitos⁶⁵.

En análoga orientación se alinea la *Ley luxemburguesa de 2 de julio de 1962*⁶⁶, que no define la artesanía ni establece límites al empleo de trabajo ajeno ni al volumen operativo de la misma. La diferencia entre la artesanía y la industria, no radica en su importancia sino en el procedimiento empleado para su producción.

Respecto de *Holanda* ocurre otro tanto. No existe propiamente una categoría jurídica autónoma para la artesanía *ambach* que la distinga y separe del pequeño comercio (*kleinhandel*) o de la pequeña industria (*kleine nijverheid*). Por esta razón ni la antigua Ley de 1937, ni la vigente, *Wet op de Bedrijfsorganisatie de 23 enero 1950*, regulan con independencia el artesanado, puesto que su marco mucho más amplio se proyecta sobre la organización de toda la actividad económica, cosa que sucede en esta última, o bien iba englobada la artesanía con la pequeña industria, pequeño comercio al detalle, comercio ambulante, etc., como ocurría en la Ley marco de 1937. Ni en esta ley ni en ninguna otra disposición, se fijan las condiciones jurídicas —afirma Hennebicq⁶⁷— en base a las cuales pueda atribuirse a una empresa o a un empresario la condición de artesano artesano.

Estas normas permiten que tanto en Alemania, como en Holanda o Luxemburgo el artesanado pueda comprender empresas muy importantes que llegan a emplear centenares de obreros. Esta diferencia con los países latinos integrados en el Mercado Común, ha motivado una seria dificultad en la elaboración del *programa general para la libertad de establecimiento en la Comunidad Económica Europea*⁶⁸.

VI. EMPRESARIO ESTABLECIDO Y EMPRESARIO AMBULANTE

1. El establecimiento, característico de la actividad empresarial

El sistema mercantil patrio se asienta tradicionalmente en base a que la actividad comercial e industrial exige un establecimiento, tienda, almacén, fábrica, como soporte físico de la empresa.

Nuestro *Código de comercio* descansa en el establecimiento el soporte del ejercicio de la actividad mercantil. Por innecesario resulta ociosa la invocación de los numerosos preceptos que así lo revelan. La fijación del establecimiento tiene una gran trascendencia para el empresario, porque constituye su *domicilio mercantil*, y por regla general, advoca la competencia territorial jurisdiccional, y de Registro Mercantil.

2. Empresarios ambulantes

Sin embargo, constituye una realidad el fenómeno de un comercio ambulante o de ocasión, cada vez mayor y difundido.

Ante el silencio del legislador mercantil que apenas si dedica atención al contrato de venta mercantil en ferias y mercados (arts. 81 a 84) de escasa trascendencia, cabe plantearse si son empresarios quienes se dedican a la venta ambulante, o nos atosigan a domicilio con géneros y artículos de la más variada y pintoresca panorámica, los que montan esos tenderetes en la vía pública, en las ferias y fiestas locales, en los mercadillos, incluso en las aceras de las calles. Sin que falten los que llevan el establecimiento sobre vehículos de motor (camiones, furgonetas, motos).

Nos guste o no, el fenómeno está a la orden del día, con independencia de las reacciones, —aquí siempre contrarias—, de los comerciantes establecidos, del Fisco, y, sobre todo, de la Administración Local.

De cara a nuestro ordenamiento mercantil son *auténticos empresarios* si se dedican al ejercicio de esta actividad comercial habitualmente. Y sin embargo, parece difícil que el *status* jurídico de estas personas sea el mismo

de una gran empresa y le sujete a las mismas obligaciones y les atraiga iguales responsabilidades.

Parece aconsejable una regulación orgánica, de este comercio ocasional y de ambulancia. Así lo está haciendo el legislador francés, en torno a su *Ley de 3 de enero 1969, Decreto de 31 julio 1970 y O. de 10 de marzo de 1979*, entre otras abundantes disposiciones⁶⁹.

El comercio no sedente está clasificado⁷⁰, como de mercados y ferias; ventas a domicilio; ventas en fiestas y pequeños vendedores de la calle.

Quienes lo ejercitan aparecen divididos en tres categorías: Comerciantes ambulantes, comerciantes de ferias y fiestas, y comerciantes sobre muestrario.

Aún dentro de estas categorías, las normas francesas distinguen más clases: *Demonstrateur* (vende con reclamo oral), *Colporteur* o *chineur* (va siempre detrás del cliente, en la calle o a su domicilio), *voyageur* (vende a domicilio concediendo crédito); *industriel forain*, organiza rifas, juegos y espectáculos en las ferias y fiestas, el *broncateur* (artículos de ocasión), *marchand de quatre-saisons* (venden en la calle sirviéndose de vehículos o bateas).

Más recientemente aún⁷¹ el legislador francés ha entrado en el tema de las llamadas *ventes sauvages* (efectuadas de forma intermitente desde los arcones de las carreteras o, lo que es más frecuente, sobre mantas, en las aceras de las calles).

Por su parte, el legislador italiano en defensa del consumidor, dictó la *Ley de 11 junio 1971 sobre disciplina del mercado*. En ella se señala la obligación de una inscripción en el Registro especial para los ambulantes (art. 3º), en relación con un antiguo Decreto, el R.D. de 18 junio 1931, aprobatorio de la Ley de seguridad pública. También se regulan, como formas especiales de venta, las realizadas por correspondencia mediante catálogo, y las ventas a domicilio (art. 36).

En *Bélgica*, las pequeñas empresas distribuidoras toman la forma del comercio ambulante. En prevención de posibles abusos se dictaron los *Arretés Royal de 16 octubre 1951* y el Ministerial de 20 octubre de 1951.

3. La regulación española

Presionado por la peligrosidad de estas formas comerciales, que pueden atentar contra las normas de competencia ilícita⁷², los intereses del Fisco y de la Administración Local, ó los legítimos de los consumidores cuyos intereses pueden verse afectados por el fraude, se ha dictado el *Real Decreto 1073/1980 de 23 de mayo*, regulando el ejercicio de la *venta fuera de un establecimiento comercial permanente*.

En su preámbulo se desarrollan las ideas básicas de garantía a las que responde la normativa legal.

El ámbito de proyección se enfoca a la *venta fuera de un establecimiento comercial permanente, en solares y espacios abiertos o en la vía pública, en lugares y fechas variables* (art. 1º).

Dos son los grandes supuestos que abarca; el segundo, con varias modalidades⁷³ sin que entremos en sus aspectos puramente administrativos.

En primer lugar las ventas en *ferias comerciales y mercadillos* distinguiendo entre las ya existentes y las de nueva creación. Estas últimas tienen mayores limitaciones⁷⁴.

Bajo la rúbrica del Capítulo IV del Decreto, *Otros supuestos de venta* se abarcan los que detalla luego su art. 8º:

- Venta en establecimientos públicos situados en la vía pública.
- Venta en los denominados puestos de primeras horas.
- Venta de productos alimenticios perecederos de temporada.
- Venta directa por agricultores de sus productos.
- Venta en camiones-tienda en municipios de menos de cincuenta mil habitantes en que no existan mercadillos.

Descarto los aspectos puramente administrativos en los que no entro por desbordar mi tema y me limito a señalar la intervención poderosa que el Estado concede a los Ayuntamientos⁷⁵.

Lo que sí importa indicar es que repetidas veces, el Decreto señala la condición de *comerciantes* (empresarios) de quienes ejercen este comercio⁷⁶.

Sin embargo, yerraría el legislador en la invocación entre estas ventas, de las realizadas en venta directa por los agricultores de sus productos. Si con ello quiere decir que también son comerciantes o que son actos de comercio, tendríamos que recordar que tropieza con un obstáculo insuperable: El art. 326, núm. 2º del Código de comercio que expresamente las excluye del campo mercantil. Mal podría enervar la fuerza de un precepto imperativo del Código una norma de menor rango legislativo.

VII. EMPRESA PUBLICA Y EL ESTADO EMPRESARIO

1. Interposición de una persona jurídica

Partiendo del reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica, como establece el art. 128, 2º de la *Constitución española*, cabe aludir a dos eventos distintos. Ahora me refiero al primero de ellos. El Estado utiliza instrumentalmente las formas mercantiles, creando, con preferencia, sociedades anónimas con exclusivo capital público, *sociedades estatales*.

Al Estado le siguen otros entes públicos. En tiempos más antiguos, la sociedad *comanditaria por acciones*, fue escogida, como forma instrumental, por las Diputaciones Forales del País Vasco y Navarra para la ejecución de sus planes de obras públicas, con resultado halagüeño.

Al terminar la Guerra española, un importante núcleo legislativo⁷⁷ apoya esta utilización por el propio Estado u otros entes públicos nacionales o locales. Fundamentalmente me refiero a:

- Ley creadora del INI (Instituto Nacional de Industria) 25 septiembre 1941.
- Ley de Régimen Local (24 junio 1955).
- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (de 17 de junio de 1955).
- Ley de Entidades Estatales Autónomas (de 26 diciembre 1958).
- Ley de Bases del Patrimonio del Estado (de 15 abril 1964)

La utilización preferente de la forma instrumental de la sociedad anónima, atrae inevitablemente la vigencia del régimen legal de la *Ley de sociedades anónimas de 1951*, y esto plantea el contrasentido de una sociedad anónima *unipersonal* (en fragante contradicción con su art. 10, que exige como mínimo tres socios⁷⁸). Por otra parte la aplicación a este tipo de sociedades estatales de preceptos sobre acciones, regímenes mayoritarios de adopción de acuerdos y defensas de minorías, son extraños de todo punto a su naturaleza operativa.

Con precisas palabras, explica el prof. Olivencia este juego: "En el ejercicio de actividades económicas por entes públicos, a través de la forma de sociedades mercantiles, la creación de estos entes por la Administración, constituye una forma de escapar a la aplicación de su propio Derecho⁷⁹."

La tendencia es la misma para el caso de empresas nacionalizadas. La estructura de las mismas se conserva. Tal es el caso significativo de la antigua Banca Oficial⁸⁰.

2. Actividad empresarial directa

Los problemas más grandes surgen en forma creciente por la condigna intervención del Estado en la actividad comercial⁸¹ hasta llegar a su propio ejercicio y gestión sin interposición de una personalidad jurídica social. En otras palabras, se plantea la cuestión de si el Estado se convierte entonces en un auténtico empresario y si, como consecuencia, está sujeto y en qué medida a su *status* jurídico.

En primer término, la doctrina y algún ordenamiento⁸² categóricamente *niegan la condición de comerciante del Estado*. Por consiguiente, en nuestra tradición jurídica el Estado no es un empresario mercantil aún cuando lleve directamente la gestión de un servicio industrial o comercial.

A este respecto, conviene, sin embargo advertir que el aserto no es válido para los Estados del Este europeo y similares, donde se admite desde Katzarov⁸³ posición contraria.

Lo que sí es más discutible, si los actos así realizados por el Estado son *actos de comercio*.

Posición favorable adoptaron algunos ordenamientos antiguos⁸⁴. Contra ello, y de cara al ordenamiento francés, reacciona Ripert-Roblot

porque acto de comercio es el realizado esencialmente por un comerciante, y el Estado no realiza actos de comercio sencillamente porque no es comerciante⁸⁵.

Pero esta posición tradicional es puesta en tela de juicio por la más reciente jurisprudencia francesa que, en síntesis afirma, que cuando el Estado asume la gestión de un servicio industrial o comercial se encuentra frente a sus usuarios en la misma situación que un empresario ordinario⁸⁶.

La aproximación conceptual es evidente. Se lo plantea ahora Roversi-Monaco, de frente al Derecho italiano: "¿cuándo un ente público produce bienes o servicios que están destinados a ser utilizados por el propio ente, puede haber empresa?". En su opinión y siempre partiendo de la nota *de economicidad*, no se puede descartar *a priori* su carácter empresarial, sin que para ello sea necesaria la creación de una separada persona jurídica⁸⁷.

En nuestro derecho positivo es evidente que el Estado u otros Entes públicos no son empresarios (comerciantes). Lo que es más dudoso si el ejercicio de esta actividad, en los supuestos contemplados, puede englobarse en la categoría de los llamados *actos objetivos de comercio*, lo que entrañaría la forzosa vigencia de las normas del Código de comercio (art. 2º), con el evidente contrasentido de la aplicación de las reglas del derecho privado a las obligaciones del Estado⁸⁸.

A este respecto y en campo más acotado se está elaborando un *Estatuto de la Empresa Pública*⁸⁹.

VIII. CONCLUSION

A la vista de cuanto llevamos dicho y de los datos relacionados, parece necesario, aún arrojando los riesgos de la navegación contra corriente, tratar de encontrar alguna solución a la amplia problemática que ofrecen estos nuevos perfiles dimensionales y cualitativos de la actividad empresarial en España.

El primer plano debe enfocar el tema dimensional bajo un nuevo y más concertado esfuerzo: No dar nombres a categorías inexistentes; sino,

crearlas. En concreto, me refiero a la figura del *pequeño empresario* que comprenda a las, hasta ahora, denominadas pequeñas y medianas empresas. Pequeño empresario acogido al sistema mercantil y una vez delimitado por éste, en forma unitaria, sea tomado en consideración por el legislador fiscal, laboral, financiero, etc. Si la necesidad de normas protectoras de la pequeña empresa es admitida pacíficamente, como de hecho así ocurre, lógico es que se parta para ello de un concepto legal único, poniendo fin al maremagnum de pequeñas y medianas empresas sujetas a la parcial visión, contradictoria muchas veces, de un legislador preocupado específicamente por los problemas de su sector operativo, sin la imprescindible visión armónica del legislador global.

El problema es grave y yo, añadiría, que acuciante, porque si la actividad ejercida por las pequeñas y medianas empresas alcanza el noventa y nueve y medio por ciento del número de sus unidades productivas en España y el setenta por ciento del número total de trabajadores españoles, es evidente que lo primero que tenemos que hacer es darles adecuada protección, y para ello nada mejor y adecuado que el darles entrada segura e inequívoca en nuestro ordenamiento mercantil.

Desde el punto de vista estrictamente mercantil, pocas serían las diferencias de *status* entre el *pequeño* y el (normal) empresario, aliviada la obligación de contabilidad formal, a virtud de la *Ley de 21 de julio de 1973*⁹⁰ y en trance de reforma nuestro sistema de *derecho concursal*, presidido por los principios de unidad de disciplina y de sistema⁹¹, siquiera en los proyectados ordenamientos, tanto en este de concursos como en el de sociedades anónimas, las preocupaciones dimensionales están siempre *in mente* del legislador⁹².

Si se resolviera de este modo el problema planteado por las llamadas hasta ahora pequeñas y medianas empresas, cabría entrar en otro terreno de menor espectro, pero de espinosa solución. Me refiero a la empresa artesana. Por su forma externa, indudablemente el *artesano* encaja en el marco definido del pequeño empresario industrial⁹³ al que colorea la anilina de sus ingredientes tradicionales (carácter familiar, trabajo personal y por cuenta propia, modo de hacer, etc.).

La dificultad estriba en que si incluimos al empresario artesano en la categoría del pequeño empresario mercantil e industrial violentamos el sentido tradicional y normativo hasta ahora existentes, en el sentido de que lo artesano excluye lo mercantil.

Si somos consecuentes con la realidad hemos de decir que estas tradicionales notas están muy atenuadas, porque la diferenciación cualitativa entre el pequeño industrial y el artesano cada día aparece más difícil de establecer y sus consecuencias jurídicas tampoco parecen insuperables⁹⁴.

Dos podrían ser las soluciones: Incluirles dentro del estatuto del pequeño empresario, sometiéndoles a su regulación en los deberes fundamentales y dejando a salvo las peculiaridades propias de su idiosincrasia. Bien, incluirles en una enumeración del pequeño empresario, al modo italiano, dejando a salvo entre nosotros su carácter no mercantil. En una u otra forma, hace falta un más amplio y rico Ordenamiento de la Artesanía en consonancia con la posición central adoptada.

Las figuras del empresario ambulante encajan igualmente en el marco del pequeño empresario. Lo que sí hace falta es la toma de posición fuerte por parte del legislador en aras de la defensa de la competencia establecida y, más aún, en defensa de los consumidores. Su marco adecuado podría ser la Ley de Defensa del Consumidor. El problema a la vista de la coyuntura española aparece especialmente grave y peligroso.

Finalmente, la presencia del Estado empresario demuestra el proceso siempre creciente del intervencionismo. Son precisas y exactas las afirmaciones del Prof. Menéndez⁹⁵: "Está incidiendo en la misma concepción del Derecho mercantil como Derecho privado de la empresa. El Derecho constitucional económico destacando el interés público de la actividad económica y, de otra parte, el desarrollo concreto de la acción pública administrativa sobre las relaciones de producción, cambio y consumo, no solo están condicionando el desarrollo de las instituciones mercantiles, sino que están comprometiendo técnicamente su pura configuración privada".

La utilización instrumental de las formas empresariales mercantiles a través de la persona jurídica interpuesta ofrece menos problemas, si, como esperamos, logra realidad el proyectado Estatuto de la Empresa Pública.

Confiemos en un intento vigoroso y sostenido del legislador patrio para allanar todas estas ingentes dificultades.

He dicho

NOTAS

1. Cfra. la importante interpretación de Huvelin *Droit commercial romain*, Paris, 1929.
2. GIRON TENA, *El concepto del Derecho Mercantil*, en el Anuario de D. Civil, 1954, págs. 695 y ss. y 971 y ss., y en *Dos conferencias sobre el estado de nuestra legislación mercantil*, Madrid, Rev. de la F. de Derecho (separado), pág. 13.
3. LANGLE, *Las pequeñas empresas comerciales*, Granada, 1953.
4. MARTI DE EIXALA-DURAN Y BAS, *Instituciones del Derecho mercantil de España*, Madrid, 7ª ed. 1875, pág. 11.
5. MOLLER, *Modifications apportées au Code de commerce allemand*, en la Revue de D. commercial, 1954, págs. 785 y sgts; MOLITOR, *Artigianato e Diritto commerciale*, en Riv. D. commerciale, 1940, págs. 345 y sgts (para el derecho anterior).
6. GIERKE (Julius), *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, 7ª ed. Berlín Gruyter, págs. 55 y ss.
7. RAZA, *La nozione giuridica di piccolo imprenditore commerciale*, en Temi Napoletana, VI, 1963, págs. 93 y ss.
8. Una síntesis puede verse en LANGLE, op. cit. págs. 13 a 15, a los que pueden añadirse otros muchos posteriores, especialmente SANTINI, *Il piccolo imprenditore commerciale e la sua concreta identificazione*, en Riv. D. civile, 1962, I, págs. 25 y sgts. y también GALGANO, *L'imprenditore*, Bolonia, Zanichelli, 1970, págs. 57 y ss. y GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Turín, Utet, págs. 56 y ss.
9. Es fundamental la aportación de BIGIAMI, *La piccola impresa*, Milán, Giuffrè, 1947.
10. Legge fall. (arts. 1 y 12) en relación con los arts. 2083, 2202, 2214 y 2221 del Codice civile). Cfr, *supra* nota 8.
11. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Turín, Utet, 1969, págs. 40-42.

12. El examen de las aspiraciones y realidades de las S.B.A. (Small Business Administration), con amplias estadísticas y problemática surgidas en los EEUU en orden a su presencia y financiación pueden verse en PAPIN, *Situación de la petite entreprise aux Etats Unis.*, en la Revue Francaise de gestion, 1978 núm. de marzo-abril, reproducido en Revue des Problemes economiques, 1978, núm. 1589, págs. 14 y ss.

13. NOTENBOOM, *Informe de los problemas de la PYME en la Comunidad*, del que da cuenta GONZALEZ ESTEFANI, *La problemática de la pequeña y mediana empresa en España*, en Anales de la Acad. Matrit. del Notariado, XXIV, págs. 11 y ss.

14. Información en GONZALEZ ESTEFANI, op. cit. páag. 12.

15. LANGLE, op. cit. págs. 24-25.

16. MOTOS, *Aspectos jurídicos de la empresa artesana*, en Anales de moral social y económica, Madrid, 1962, pág. 287.

17. POLO, *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento mercantil*, en el volumen de homenaje a URÍA, Madrid, 1978, pág. 579.

18. GIRON TENA, *Las grandes empresas*, Valladolid, 1965, especialmente págs. 19-21.

19. CUERVO, *La problemática financiera de la pequeña y mediana empresa industrial*, en el Bol. de Estudios Económicos, Bilbao, 1977, núm. 102, pág. 707 y nota 7.

20. POLO, op. cit. pág. 579, en nota 64.

21. *Datos sobre empresas industriales en España* (año 1975).

| | | |
|-----------------------------------------------|-------------------|-----------------------|
| 1. De menos de 6 trabajadores | 252.648 establec. | 568.631 trabajadores. |
| 2. Muy pequeños (de 6 a 25) trabajadores | 76.115 establec. | 846.096 " |
| 3. Pequeños (de 26 a 50) trabajadores | 12.702 " | 451.536 " |
| 4. Pequeños grandes (51 a 100) trabajadores | 5.729 " | 406.788 " |
| 5. Medianos (de 101 a 250) trabajadores | 3.098 " | 478.976 " |
| 6. Medianos grandes (de 251-500) trabajadores | 949 " | 366.469 " |
| 7. Grandes (más de 500) trabajadores | 528 " | 741.032 " |

(FUENTE, *Datos del Registro Industrial*. Ministerio de Industria, en Economía Industrial, 1975, núm. 158.

Datos sobre empresas en general en España (año 1974)

| | | |
|------------------------------|------------------|------------------------|
| 1. De 1 a 5 trabajadores | 785.430 empresas | 2.094.029 trabajadores |
| 2. De 5 a 20 trabajadores | 174.763 " | 2.724.530 " |
| 3. De 51 a 250 trabajadores | 15.995 " | 1.518.554 " |
| 4. De 251 a 500 trabajadores | 1.644 " | 526.128 " |
| 5. Más de 500 trabajadores | 906 " | 1.122.812 " |

(FUENTE, *Censo Sindical de 1974*).

22. Exactamente, la PYME abarca el 99'6% del número de las empresas españolas y el 70% del de sus empleados. Y respecto de las industriales, estas cifras son, respectivamente, las del 99'6% y del 71'2%. Fuentes. Las citadas en nota antrior.

Más cortas se quedan las estimadas por DE LA ROSA UCLES y GARCIA GARCIA, en forma más imprecisa diciendo que las PYME representan más del 90% del número de empresarios y más de la mitad del de sus trabajadores. *Las cooperativas de empresas pequeñas y medianas en el desarrollo económico*, Madrid, Nuevo Horizonte, 1963.

23. JANE SOLA, *Instrumentos de defensa de la pequeña y mediana empresa*, en Informaciones económicas, 1977, sep.

24. LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, *La forma anónima y su adaptación a la pequeña y mediana empresa*, en Anales de la Acad. M. del Notariado, vol. XXIV, 1981, págs. 147 y ss; REVUELTA GARCIA, *Influencias del derecho fiscal en la forma jurídica de la pequeña y mediana empresa*, en ibidem, págs. 89 y ss, estimando en particular que a efectos fiscales la figura empresarial social más apta es la sociedad anónima, mientras que la forma individual del empresario seguirá constituyendo la más empleada por el pequeño comerciante, la artesanía y en algunos servicios en los que prepondera como elemento personal el titular de la empresa y su familia (ib. pág. 121).

25. El art. 4 de la *Ley de Sociedades anónimas*, según la reforma de la Ley de 5 de diciembre de 1968, impone obligatoriamente la forma de sociedad anónima a las que limitando la responsabilidad de sus socios excedan de los cincuenta millones de pesetas de capital, extremo corroborado por la Ley de SRL que cifra en igual cantidad el límite máximo de su capital social (art. 3).

26. Cfr. autores citados en nota 24 y, también, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Adopción de forma societaria por las pequeñas y medianas empresas*, en Anales Acad. M. del Notariado, vol. XXIV, 1981, págs. 47 y ss.

27. Conforme también, LORA-TAMAYO, op. cit. pág. 152.

28. Cfr. *infra*, Apartado V, *El empresario artesano*.

29. *Mater et Magistra* (núm. 85): "La pequeña y mediana propiedad en la agricultura, en las artes y oficios, en el comercio y la industria, deben ser garantizadas y promovidas asegurándoles las ventajas de la organización grande mediante uniones cooperativas"; "Se deben conservar y promover, en armonía con el bien común y en el ámbito de las posibilidades técnicas, la empresa artesana, la empresa agrícola de dimensiones familiares y también la empresa cooperativista, incluso como integración de las dos precedentes". Cfr. el comentario de ALMARCHA, *La Encíclica Mater et Magistra y las cooperativas*, Madrid, 1962.

30. Entre otras muchas, las más citadas son COFARES (Cooperativa Farmacéutica Española, Cooperativa de Autotaxis, Cooperativa Avícola Nacional); CONAUTA (Cooperativa Nacional de Autoservicios), Cooperativa de Alta Costura (Pedro Rodríguez, Pertegaz, Asunción Bastida, El Dique Flotante, etc.), y la sorprendente DUCPRA (Detallistas Unidos Cooperativa Ramo Alimentación Madrileña que, según LA ROSA, llega ya al 90% de los comerciantes madrileños de ultramarinos (cfr. op. y los ya citados).

31. POLO, op. cit. pág. 580.
32. SUDREAU, *Informe del Comité de estudios para la reforma de la empresa*, Madrid, 1975.
33. SUDREAU, op. cit. pág. 153.
34. En agosto de 1981, al propio tiempo que solicitaba su ingreso en la UIAPME (Unión Internacional de la Pequeña y Mediana Empresa (Omito la problemática coyuntural de la CEPYME y la UNIPYME).
35. El estudio aludido se titula, *Financiación de la pequeña y mediana empresa comercial*, Madrid, Iresco, 1977, especialmente págs. 37 y ss.
36. *Decreto 2.882/1974 de 20 de julio*, que va precedido de una *Nota* previa con seis apartados en los cuales la Comisión Central de Planificación Contable examina brevemente algunos puntos importantes de la problemática contable de las pequeñas y medianas empresas, exponiendo también los criterios seguidos para redactar dicho texto.
- La publicación del Ministerio de Hacienda, va, a su vez, precedida de un *Prólogo* del Presidente de aquella Comisión.
37. El mencionado Apartado 9 de la Instrucción del Plan General de contabilidad dice a este respecto: "Concurre el supuesto de grupo cuando una sociedad participa directamente en el capital de otra con un porcentaje igual o superior al 25% del mismo".
38. Anagrama del Plan de Contabilidad de las pequeñas y medianas empresas.
39. MOTOS, op. cit. pág. 286.
40. El Instituto fue creado por el *Real Decreto-Ley de Ordenación Económica de 8 de octubre de 1976* y ha producido en el aspecto corporativo un organismo federativo (CEPYME). El Instituto se adscribe al Ministerio de Industria, como organismo autónomo de la Administración del Estado.
41. La *Sociedad mixta del Segundo Aval Estatal a las sociedades de garantía recíproca* (23 julio 1981) está constituida por los siguientes socios: Instituto de Crédito Oficial, Banco de Crédito Agrícola, Banco de Crédito Industrial, Banco de Crédito a la Construcción, Banco Hipotecario de España, Compañía de Crédito y Caucción, Instituto para la Reforma de las Estructuras Comerciales (IRESCO) y el Instituto de la pequeña y mediana empresa (IMPI). La proporción del capital desembolsado es de un 53% el ICO (Instituto de Crédito Oficial), con un 8% cada Banco Oficial citado; y con un 5% cada uno, el IMPI, el IRESCO y la Compañía de Crédito y Caucción.
- La Sociedad se constituye como instrumento fundamental de apoyo a las Sociedades de Garantía Recíproca y consecuentemente a las pequeñas y medianas empresas que, a través de esta forma societaria, encuentran más fácil acceso a la financiación de sus inversiones. Podrá otorgar avales hasta un total de 8.000 millones de pesetas, según la vigente ley de presupuestos, cubriendo los posibles fallidos de dichos avales el Tesoro en la forma legal prevista.
42. Cfr. para este criterio VALLET MAS. *El empresario creador y el futuro de su empresa*, en *Anales de la Ac. M. del Not. XXIV*, 1981, págs. 192 y ss.

43. GONZALEZ ESTEFANI, op. cit. pág. 9 cifra en más de 800.000 las empresas PYME en España, y si se adicionan las de menos de 5 trabajadores la cifra asciende a los dos millones, sin contar al pequeño agricultor.
44. Bajo la vigorosa mano de Don Antonio Garrigues Walker, la Asociación ha elaborado un importante estudio, referido a datos incluso de parte del año 1976, titulado *La situación económico-financiera de la empresa española*, Madrid, 1977.
45. ROCA-SASTRE, op. cit. pág. 76.
46. CUERVO, op. cit. pág. 700.
47. El propio autor alega la precariedad de estos límites cuantitativos, op. y loc. ult. cits.
48. TORRES CLAVO, *Diccionario de textos sociales pontificios*, Madrid, 1956, pág. 91.
49. DONATI en su presentación al importante volumen, *Disciplina giuridica dell'artigianato*, Milán, Giuffrè, 1965.
50. SOMBART, *Der Moderne Kapitalismus*, cit por SAPORI, *Problemi dell'artigianato* en *II Risparmio*, 1960, VIII, págs. 1117.
- SAPORI, op. cit. pág. 1106.
52. El *Code de l'artisanat de 16 julio 1952* ha sido objeto de profundas reformas (Decret. de 1 marzo 1962, 30 diciembre 1964 y el de 21 septiembre 1972).
53. HOUIN-RODIERE, *Droit commercial*, París, Sirey, 1978, pág. 35; RIPERT-ROBLOT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, París, LGDJ, I, 1980, núms. 195 y ss.
54. En mi trabajo citado decía yo: "Hay exigencias *innecesarias*, como la de que conozca dimensiones, pesos y mermas, toda vez que tiene que demostrar ante el Gremio la formación precisa para ser clasificado como maestro artesano. Otras, *muy difíciles de cumplir*, como la de que conozca cuantas disposiciones regulen su actividad laboral. Las hay *imposibles*, tal es que soporte los riesgos mercantiles. ¿Cómo un artesano los tiene que soportar si precisamente está totalmente excluido de la esfera mercantil?. También los hay *injustas* (confiamos en que no se cumplan) como la famosa Disposición 6 de que "sobre el coste de la materia prima empleada, especialmente en la producción artística grave en mayor cuantía el valor del trabajo". ¿Quiérese decir, -añadía yo-, que, por ejemplo, en la soldadura de un reloj de oro, el trabajo artesano tiene que valer más que el oro empleado? (op. cit. págs. 281-282).
55. RODINO. *L'artigianato nell'ordinamento giuridico della Spagna*, en el volumen, "Disciplina giuridica dell'artigianato", Milán, Giuffrè, 1965, pág. 318.
56. Cfr. mi repetido estudio, págs. 283-286.
57. El subrayado es mío.
58. Esto constituía precisamente el contenido de la conclusión 8ª a la que llegaba yo.
- 58(bis). Por su parte, el art. 6º faculta al Ministerio de Industria para calificar de artesanas a aquellas empresas que lo soliciten cuando rebasen el número de trabajadores con tal de que cumplan los demás requisitos. La facultad ministerial es discrecional "atendiendo fundamentalmente a la naturaleza de las actividades que desarrolle la Empresa".
59. Art. 2º de la mencionada Legge.

60. Cfr. por todos, el excelente trabajo de VERRUCOLI, *Le società di artigiani secondo la legge 26 luglio 1956*, en Riv. delle società, 1957, págs. 973 y ss.
61. El *Code de l'artisanat* sufrió diferentes modificaciones desde su originaria redacción (16 julio 1952).
62. A virtud del Decreto de 21 septiembre 1976.
63. El dato lo recojo de HENNEBICQ, *L'artigianato nell'ordinamento giuridico della Germania Federale*, en el volumen "Disciplina giuridica dell'artigianato", ed. cit. págs. 231 y ss., especialmente 232.
64. FROHLER, *Handwerksrecht der EGW-Staaten*, Munich, 1960, pág. 4.
65. HENNEBICQ, op. cit. pág. 239.
66. RODINO, *L'artigianato nell'ordinamento giuridico del Luxemburgo*, en el precitado volumen, págs. 259-276.
67. HENNEBICQ, *L'artigianato nell'ordinamento giuridico dell'Olanda* en el vol. cit. págs. 277-316.
68. RIPERT-ROBLOT, *Traité élémentaire*, cit. I. pág. 125, así lo afirma y esto en el año 1980.
69. Pueden recordarse el Decreto de 22 de septiembre 1953 sobre justificación del ejercicio profesional por estos comerciantes no sedentarios; Decreto de 26 noviembre 1962 sobre ventas en saldos o liquidaciones o con publicidad en sitios que no sean establecimientos y con carácter, real o aparentemente, ocasional o excepcional; Ley de 5 noviembre 1953 (que prohíbe las ventas *a la boule de neige*, tan conocidas en España; Ley 22 diciembre 1972 (Protección del consumidor en las ventas a domicilio).
70. Me refiero a la Orden de 5 de noviembre de 1946.
71. O. Circular de 10 de marzo de 1979. Cfr. RIPERT-ROBLOT, op. cit. I, núm. 152 y la bibliografía allí citada.
72. Con toda justicia las *Cámaras de Comercio e Industria* se preocupan del problema, cuya intervención se apunta en el ámbito del art. 7º al exigir el preceptivo informe de este organismo sobre la necesidad de los nuevos mercadillos o ferias comerciales. Aún cuando no se impone que sea favorable este informe, es evidente que la autorización municipal es susceptible de impugnación en los forzados límites del acto administrativo.
73. Vid. arts. 7 y 8.
74. Así no pueden venderse en ellos, pescado, carne, frescos o congelados, ni los embutidos. No pueden situarse en calles o zonas peatonales de carácter comercial; no pueden celebrarse más de dos días por semana, uno de los cuales debe ser festivo. Y si se trata de capitales de provincia o ciudades de más de cincuenta mil habitantes solamente podrán ubicarse fuera del perímetro urbano, etc.
75. Las facultades de los Ayuntamientos son muy elevadas, creemos que con toda equidad. Su intervención es constante y ejecutiva, incluso están autorizados a dictar Regla-

- mentos ú Ordenanzas reguladoras de esta actividad comercial, pasando entonces el Decreto a ser derecho supletorio.
- Creemos ver, sin embargo, dos limitaciones relativas y una absoluta. Las primeras son *dos intervenciones de las Cámaras de Comercio*: Informe en el caso señalado en la nota 72, y *otro*, el derecho que este organismo tiene a ser oído en la determinación que el Ayuntamiento haga de la zona perimétrica exceptuada, obligada si se trata de capital de provincia o población de más de cincuenta mil habitantes (arts. 3º en relación con el 2º).
76. Vid. arts. 1º y 2º.
77. Cfr. el autorizado estudio del prof. BROSETA, *Las empresas públicas en forma de sociedad anónima*, en Rev. D. Mercantil, 1966, núm. 100, págs. 267 y ss.
78. Su problemática la expone con claridad meridiana el maestro GARRIGUES, en el *Comentario a la Ley de Sociedades anónimas*, 2ª ed. págs. 231 y ss.
79. OLIVENCIA, *Organos de poder y sujetos responsables en la empresa pública y privada*, Madrid, Centro de Estudios sociales, 1965, separado, pág. 16.
80. Así los Bancos Oficiales nacionalizados en julio de 1962 en virtud de los Decretos-leyes de estabilización, denominados de NAVARRO RUBIO-ULLASTRES.
81. RIPERT-ROBLOT, op. cit. I, pág. 182.
82. El viejo *Código de comercio italiano* (de ZANARDELLI) decía expresamente: "Art. 7º. Lo Stato, le provincie ed i comuni non possono acquistare la qualità di commercianti, ma possono fare atti di commercio, e per questi rimangono soggetti alle leggi ed agli usi commerciali".
- La norma es recogida por el *Código comercial portugués* en su art. 17: O Estado, o distrito, o municipio e a paróquia não podem ser comerciantes, mas podem, *nos limites das suas atribuições*, practicar actos de comercio, e quanto a este ficam sujeitos a disposicoes desde Código" (el subrayado mío corresponde a la variante del legislador portugués).
- Para limitarnos a la doctrina española, cfr. LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil*, Barcelona, Bosch, 1950, I, págs. 300 y ss; RUBIO *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, Nauta, 1969, págs. 555 y ss.
83. KATZAROV, *L'état commerçant et les nationalisations*, en la Revue trim. Droit comm, 1950, págs. 207 y ss.
84. Los dos Códigos, italiano y portugués cits. en nota 82.
85. RIPERT-ROBLOT, op. cit. I, 181. Análogamente, HOUIN-RODIERE, op. cit. pág. 31.
86. RIPERT-ROBLOT, ib. pág. 181; HAMEL-LAGARDE, *Traité de droit commercial*, París, Lloz, 1954, I, detalla esta jurisprudencia señalando su criterio favorable a la comercialidad de los actos del Estado-armador o asegurador; no así cuando explota estos servicios y establecimientos de carácter industrial o comercial bajo un régimen de monopolio (cfr. pág. 895 y notas casuísticas). Por su parte, HOUIN-RODIERE, op. cit. pág. 31.
87. ROVERSI-MONACO, *L'attività economica pubblica*, en el Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia, de GALGANO, I, págs. 385 y ss. espe-

cialmente 422-423. Aparte de los estudios básicos administrativistas, puede verse, especialmente, los de MINERVINI y GARRIDO FALLA en el magno estudio sobre "La empresa pública, dirigidos por VERDERA (*infra* en nota 89).

88. RIPERT-ROBLOT, op. cit. I, pág. 180.

89. Dato recogido de SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1981, págs. 51-52, donde analiza y comenta la dispersa legislación patria.

El tema de la empresa pública, puede consultarse en sus varios sectores jurídicos en la fundamental obra dirigida por el prof. VERDERA, *La empresa pública*, Pub. del Real Colegio de España en Bolonia, 1970, con importantes aportaciones doctrinales españolas. Para los extranjeros, destaca en el aspecto contemplado por mí el estudio de MINERVINI, *La empresa pública y el estatuto del gran empresario mercantil*, págs. 231 y ss.

90. Cfr. su valoración en la importante monografía, recientemente aparecida, del Prof. BLANCO CAMPAÑA, *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, Madrid, 1980.

91. Exposición del propio Presidente de la Comisión, Prof. OLIVENCIA, en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Fundación Universitaria, 1979, bajo la rúbrica de *El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma*, págs. 315 y ss.

92. Como ya tuve ocasión de aludir en mi intervención después de la exposición del Prof. OLIVENCIA (Jornadas de Derecho Concursal de la Cámara de Comercio de Málaga, 1980), creo que las palabras que emplea el *Proyecto de Bases para una Ley Concursal*, en la Base II. UNIDAD DE LA ORDENACION CONCURSAL:

"En los supuestos en los que el patrimonio del deudor tenga escasa entidad o complejidad económica se acentuará la celeridad del procedimiento" (núm. 4), si han de tener una clara proyección es si se configura legalmente al *pequeño empresario*.

La preocupación dimensional, desde otras perspectivas, late en el *Anteproyecto de reforma de la sociedad anónima*, de 1978. Por lo menos, se establecen alguna distinciones en torno a la *gran sociedad anónima* para la que se establece obligatoriamente la presencia dualista de su administración (Dirección y Consejo de Vigilancia). A tal fin considera los siguientes criterios:

1º Sociedades que coticen sus títulos en Bolsa, o emitan obligaciones.

2º Sociedades cuyo capital sea superior a doscientos millones de pesetas.

3º Sociedades que empleen a más de quinientos trabajadores.

4º Sociedades en que así lo exijan disposiciones de rango legal. (La concurrencia de algunos de estos datos lleva consigo aquella consecuencia). Cfr. art. 89.

93. ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, Introducción y traducción de VERDERA, Barcelona, Real Colegio de España, y Barcelona, Bosch, 1964, pág. 217, donde él se inclina por su no mercantilidad.

94. En el previsto ordenamiento concursal no existe entre ellos la clásica diferencia entre deudores (comerciantes advogados a la quiebra; y no comerciantes, al concurso de acreedores).

Tampoco por razón del origen de la deuda, ya que es totalmente indiferente para el legislador español.

Dulcificadas las obligaciones de llevanza de libros de comercio en la reforma de 1973, existe también a virtud de esta misma Ley la disposición contenida en el *núm. 5º del art. 16* del Código de Comercio tal como le redactó la citada ley: "5º Cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos". Evidentemente no pensado para este supuesto pero sí de posible aplicación si el legislador obra en el sentido por mí apuntado.

95. Cfr. la meditada conferencia del Prof. MENENDEZ, *Código de comercio y Reforma de la legislación mercantil*, en la obra citada de Reforma de la legislación mercantil, ed. cit. pág. 179.

Por su parte, el Prof. DUQUE apunta: "Es posible que a la vista de los nuevos datos constitucionales y del proceso de crisis por el que atraviesa la economía española (como las economías de otros países de cultura semejante a la nuestra), se plantee abiertamente la cuestión referente al fin de la empresa y, en último extremo, el temario conectado a la *posible redefinición de la empresa y del empresario* en un ámbito general que supera la problemática suscitada por la *gran empresa* en forma de sociedad anónima" (en su denso y profundo estudio, *Constitución económica y Derecho mercantil*, en la Reforma de la legislación mercantil, ed. cit. págs. 6-110, especialmente págs. 97-98, en cuyo examen no podemos entrar.