**TEMA 1. EL DERECHO MERCANTIL. CONCEPTO Y CARACTERES. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA MERCANTIL. LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL. INFLUENCIA DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA**

# **EL DERECHO MERCANTIL**

El derecho Mercantil constituye una categoría histórica:

- Nace como ordenamiento especial en la Baja Edad Media ante la insuficiencia del ordenamiento común y la influencia de los gremios.

Libros de costumbres, como las Rôles de Oleron, el Libro del Consulado del Mar de Barcelona o las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

- La **Revolución Francesa**, contraria a la idea de un derecho de clase, sobre la base del principio de igualdad, intentó configurar el Derecho Mercantil con arreglo a criterios objetivos, centrándolo en la idea de **los "actos de comercio"**, mercantiles por si mismos.

El Código Com. francés 1807 influyó decisivamente en los Códigos posteriores (como el código alemán de 1861, el italiano de 1862 y los españoles de 1829 y 1885).

La doctrina se esforzó entonces en una tarea imposible: encontrar una delimitación adecuada al concepto de “acto de comercio”.

- El CCo alemán de **1897** vuelve a la concepción **subjetivista y profesional del Derecho Mercantil**, criterio seguido posteriormente por el Código italiano de 1942.

También la doctrina ensaya otros caminos:

- HECK en 1904 elabora la teoría de los actos en masa.

- A partir de WIELAND (1921), la mercantilidad deriva no del acto en sí sino del tipo de actividad. Se vuelve así a un sistema subjetivo, ahora en torno a la empresa y al empresario.

- SANCHEZ CALERO constata todavía en la actualidad nuevas tendencias:

+ Renace la tendencia unificadora del Derecho mercantil, a nivel de la UE y trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas (compra­venta, transporte marítimo, garantías…).

+ La penetración de la Administración Pública. Particularmente en los mercados financieros, vg. Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

+ Prevalencia del interés de los usuarios o de los consumidores (art. 51 CE).

+ Incremento por el desarrollo tecnológico de la despersonalización de las relaciones mercantiles (teletiendas, cajeros automáticos) y la consecuente profunda crisis de ciertos medios tradicionales como los títulos-valores (reemplazados ahora por simples anotaciones en cuenta)

+ Fuerte orientación hacia la unidad del tratamiento del Derecho privado, muy especialmente en el campo del Derecho de obli­gaciones y contratos (Suiza, Italia y Derecho inglés).

Dificultada en España ex coexistencia reglas 6.° y 8.° del art. 149.1 CE.

# **CONCEPTO**

BROSETA lo define como el **Ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa.**

Matizaciones:

**-** El **Derecho Mercantil no se identifica con el Derecho de la Empresa**, pues esta también se regula por otras ramas como el Derecho Fiscal, el Derecho Laboral...

**- El Derecho mercantil no se limita al ámbito de la empresa,** pues hay actos típicamente mercantiles que no guardan necesariamente relación con ella (letra de cambio).

- **El Derecho mercantil se extiende no solo a las relaciones entre sí** de los empresarios, sino a su actividad económica con los consumidores.

# **Y CARACTERES**

El **elemento consuetudinario** tiene una gran importancia,

**Flexibilidad, tipicidad y rapidez** en la contratación.

**Tendencia a proteger los intereses minoritarios**, que se muestra en la reforma derecho en la regulación de las sociedades anónimas y limitadas o en la regulación del mercado de valores

**Derecho especial**, de aplicación preferente al común

# **DELIMITACIÓN DE LA MATERIA MERCANTIL**

**TEORÍA DE LOS ACTOS DE COMERCIO**

Por influencia de la doctrina postrevolucionaria francesa, el código de comercio español, optó por el desacreditado sistema de los actos objetivos de comercio.

Art 2 Cco “*Los actos de comercio,* ***sean o no comerciantes los que los ejecuten*** *y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él...serán reputados actos de comercio* ***los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga****”*.

**La EM** aclara que los redactores del Código **rechazaron tanto el sistema** de definición abstracta (que es impropio de un campo legal), como **el de la lista o enumeración** (que siempre habría resultado incompleto), optando por una **fórmula descriptiva.**

“Los comprendidos en este Código…”. Tres criterios:

* Objetivo.
* Subjetivo (exigen la intervención de un comerciante). Puede exigirse:
  + para ambas partes, como las cuentas de participación (239).
  + para una de las partes, como en el depósito (303) o préstamo (311).
* Formal (derecho cambiario y sociedades).

“De naturaleza análoga”, acudiendo a la doctrina y jurisprudencia.

**CONTENIDO ACTUAL**

Se encuentra en el Código de comercio, las Leyes especiales y el Derecho comunitario.

Desde un punto de vista doctrinal siguiendo a GARRIGUES, el Dº Mercantil regula (además de los actos de comercio propios –empresariales-):

- Los **actos de comercio impropios** (realizados aisladamente por comerciantes o no comerciantes).

- **El Estatuto del comerciante** individual y social.

- E**l régimen concursal,** unificado hoy con el régimen civil (LC).

**CONTENIDO FUTURO**

No existe un criterio técnico de delimitación de la materia mercantil frente a la civil:

“Se puede explicar lo que el Derecho Mercantil ha sido y es; pero no lo que deba ser” (profesor ROJO).

En relación a la naturaleza cambiante del Derecho Mercantil señalar **que “el Derecho Mercantil no es, sino que está siendo”** (GARRIGUES; surgen constantemente nuevas formas societarias, nuevos contratos, nuevos títulos y nuevas profesiones)

Con todo, se atisban tendencias en la delimitación de la materia mercantil:

\* DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL (Leyes especiales). Por el contrario, el proyectado nuevo Código Mercantil alude a una tendencia “recodificadora”

\* AMPLIACIÓN DE LOS SUJETOS Y OBJETO del derecho mercantil (“desbordamiento de la materia mercantil”).

(S) Las *SA/SL* son tales “cualquiera que sea su objeto”. La actividad mercantil ya no es solo de producción o cambio de bienes sino también de prestación de servicios (*profesionales*); no sólo la actividad empresarial, sino también la actividad de otros sujetos, genéricamente identificados como *operadores económicos.*

(O) *Derecho industrial, derecho de la competencia...* Hoy nadie duda de que la materia mercantil no es solamente la materia comercial (ROJO).

\* INFLUENCIA DEL DERECHO PÚBLICO DE CARÁCTER ECONÓMICO. Sociedades públicas y ordenación que luego se cita (seguros, banca, transportes, etc)

# **LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL**

Pueden ser (DE CASTRO):

- Materiales (fuerzas sociales creadoras de Dº). Arts 149.1.6º,9º,11º ó 20º CE.

- **Formales** (manifestación externa). Son las mismas que las de todo el Dº: ley, costumbre y principios generales del Dº. La peculiaridad del Dº mercantil consiste en la prelación del USO O COSTUMBRE mercantil sobre la ley civil. Así

**Art. 2 CCo *Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Dº común.***

Este criterio varía, sin embargo, respecto a los contratos mercantiles.

***Art 50 CCo Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código u en leyes especiales, por las reglas generales del D. Común.***

A juicio de la doctrina mayoritaria este precepto es una *lex specialis,* que se aparta de lo establecido en el art 2 Cco. Sin embargo, Marín Lázaro entiende que no existe contradicción ya que la expresión “en todo lo que no sea y expresamente establecido” en él Código de Comercio hace aplicable al propio artículo 2º, que es precisamente una disposición del mismo, y por tanto se aplicarán con preferencia los usos mercantiles al derecho común.

Como supuesto discutido de fuente se citan las CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN. Frente a GARRIGUES ha prevalecido DE CASTRO, quien las considera mera manifestación de la autonomía de la voluntad (el art 1 Ley 13 de abril de 1998 de CGC las define como “cláusulas *contractuales”*).

EL CÓDIGO DE COMERCIO y LAS LEYES ESPECIALES

La principal, sin discusión, es el CCo.

\* Su antecedente próximo es el llamado "Código de Comercio de SAINZ DE ANDINO" 1829, que respondía a la idea codificadora del art 258 Constitución de 1812 (“el código…de comercio serán unos mismos para toda la monarquía”).

\* El 22 agosto de 1.885 fue promulgado el Código de Comercio vigente, que empezó a regir el 1 Enero 1886.

**S**u ESTRUCTURA sigue un plan similar al del Código de 1829. Consta de **cuatro libros, subdivididos en títulos y secciones,** que suponen un total de **955 artículos**.

- Libro I: de los **comerciantes y del comercio en general**.

- Libro II: de los **contratos especiales del comercio**.

- Libro III: del **comercio marítimo**.

- Libro IV: de la **suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones** (hoy solamente de las prescripciones, puesto que las otras instituciones han sido derogadas por la LC).

Se suprimió el libro quinto del Código anterior (1829), referente a la **Administración de Justicia**, por la **unificación de fueros** llevada a cabo en 1868.

CRÍTICA:

Sus omisiones (hipoteca naval, operaciones bancarias como el descuento a la apertura de crédito, escasa regulación de las sociedades)

Ya desde su nacimiento se consideró insuficiente para las necesidades de la época.

Ambos defectos fueron sorteados por la autonomía de la voluntad y numerosas disposiciones especiales (aunque el art. 2 CCo no las menciona). Sin ánimo exhaustivo, aparte otras que afectan al derecho industrial (patentes, marcas, etc), seguros, banca o transportes, pueden citarse:

-Ley Hipoteca Naval 1893 (hoy superada por la Ley de Navegación Marítima 24 de julio de 2014).

-LHMPSD 16 de diciembre de 1954

-LCS 8 de octubre de 1980

-LCCh 16 de julio de 1985

-TR LMV **Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre**

-RRM 19 Julio 1996

-Ley Cooperativas 16 julio 1999.

-Ley de 11 de julio de 2002 sobre servicios de la información y comercio electrónico

-LC 9 de julio de 2003.

-Ley de 3 de julio de 2007 de defensa de la competencia

- RDLeg 16 noviembre 2007, TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

-Ley de 3 de abril de 2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

-RDLeg 2 de julio 2010, TR LSC

-Ley de 24 de junio de 2011 de contratos de crédito al consumo

-Ley 27 de septiembre de 2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

**USOS MERCANTILES**

Son las normas de derecho objetivo creadas por la observancia constante, uniforme y repetida de una conducta de los comerciantes en sus negocios (URÍA).

Siguen teniendo un importante papel en el comercio internacional (art. 9-2 Convenio de Viena).

Fases en su formación (GARRIGUES):

. Primera fase: repetición de una determinada cláusula en una misma clase de contratos.

. Posteriormente esa repetición determina que tal cláusula se tenga por sobreentendida en ese tipo de contratos (**usos interpretativos**).

. Por último la cláusula sobreentendida se impone a la voluntad de los contratantes, quienes no pactando lo contrario quedan obligados por ella aunque la ignoren (**uso normativo** o uso de comercio propiamente dicho).

**REQUISITOS** (del uso fuente Dº Mercantil)**:**

- Uso **normativo**. No obstante Uría afirma que cuando el Cco confiere al uso la condición de fuente no excluye a los llamados usos interpretativos (el art 59 para resolver las dudas de interpretación de los contratos se remite a los usos del art 2).

- Uso **de comercio**.

- **Observancia general**.

- **Ámbito local**, observándose en la plaza (caso de colisión entre un uso local y uno general prevalece el primero).

**-** Uso **probado.**

Art 281.2 LEC **La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público**

Para facilitar este conocimiento los usos mercantiles son recopilados por el Consejo Superior Bancario y las Cámaras de Comercio.

**EL DERECHO COMUN COMO FUENTE INTEGRADORA Y SUPLETORIA**

♣ El **Derecho Común es aplicable en materia mercantil** en un doble concepto:

. **Como ley general** que contiene los principios generales del Dcho Privado.

. Y **como norma supletoria**. Arts 2 Cco y **4.3 Cc** “Las disposiciones de éste Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes”.

La mayoría de la doctrina tradicional consideraba que la expresión "**derecho común**" que utiliza el Art. 2 CCo abarcaba únicamente el **CC y leyes complementarias**, pero **no los Derechos Forales.** Esto resulta contrario al espíritu de reciprocidad que debe regir las relaciones entre los distintos ordenamientos coexistentes en España; por ello, la STS 28 de junio de 1968 entiende que **esa expresión debe comprender tanto el CC como las legislaciones forales o especiales en sus respectivos ámbitos, en tanto en cuanto resulten aplicables** (esta postura es elogiada por Díez del Corral y criticada por De Castro).

♣ Destacar:

. La aplicación del D. Común únicamente tendrá lugar después de la **autointegración** de las fuentes típicamente mercantiles (costumbre y analogía).

. **Excepcionalmente,** según GARRIGUES, **el D. Civil precede a los usos del comercio:**

-Cuando estos contienen una norma contraria al orden público.

-Cuando se dé expresamente preferencia al mismo sobre los usos (art 50 Cco).

**LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES**

Doble: en la determinación del modelo económico y en la delimitación de competencias Estado-CCAA

MODELO DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO (Broseta)

Se consagra el principio de **libertad de empresa** en el marco de la economía de mercado (art 38). Y el art. 33 reconoce el derecho a la propiedad privada (extensible a los medios de producción).

Se recoge también la **intervención de los poderes** públicos en el ámbito económico:

. Para promover las condiciones favorables para el progreso social y económico (art. 40).

. La educación y defensa de los consumidores y usuarios (art. 51).

. La subordinación de la riqueza del país al interés general (art. 128.1)

. La iniciativa pública en la actividad económica (rt. 128.2).

. El fomento de las sociedades cooperativas y acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2).

. La facultad de planificación de la actividad económica general (art. 131).

COMPETENCIAS

El Estado tiene competencia exclusiva en materia mercantil (art. 149.1.6), así como en materia de propiedad industrial (regla 9), y en transporte (reglas 20 y 21). También corresponde al Estado regular las bases de ordenación del crédito, banca y seguros (regla 11).

Corresponderá a las CCAA dictar las normas para el desarrollo legislativo de la ordenación de estas materias así como cualesquiera otras en las que expresamente lo disponga una Ley estatal.

Más problemática es la delimitación de poderes normativos en aquellas materias que los Estatutos consideran de competencia autonómica exclusiva, como el comercio interior o las actividades relacionadas con el turismo.

La STC 37/1997 ha declarado que **el principio de unidad se refiere al Derecho privado mercantil, no al Derecho público mercantil**, materia en la que sí pueden asumir competencias las CCAA.

Se discute la **constitucionalidad de la ampliación de la materia mercantil**. “Cuando la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la *legislación mercantil* ¿realizó esa atribución a la vista de lo que con ese término se entendía en el momento constituyente o, por el contrario, permite que la evolución de los tiempos amplíe el ámbito material de la referencia?

La [Propuesta de Código-Mercantil](http://notin.es/wp-content/uploads/2014/07/83-propuesta-codigo-mercantil.pdf) -del año 2013- elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presidida por Alberto Bercovitz, so pretexto de garantizar la unidad de mercado y al amparo de la exclusividad de la competencia estatal en materia mercantil, convierte al propuesto Código Mercantil en “**recurso unificador**” –así lo dice su EM-, ampliando en mucho su objeto (lo que explica su gran extensión -más de seis veces la del vigente Cco y tres veces la de nuestro vigente Código Civil-). Por tal razón, fundamentalmente por invasión de las competencias autonómica en materia civil (cfra. art. [149](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229&tn=1&p=20110927&vd=#a149).1.8 CE), se considera inconstitucional por un importante sector de la doctrina.

Dicha **Propuesta CM trastoca de facto** –no nominalmente- **las relaciones con el DCivil**. Ejemplos:

- La PCM incluye una serie de **normas generales** de las obligaciones y contratos mercantiles.

- Las **compraventas de bienes inmuebles** pueden tener carácter mercantil (en contra del art. 325 C de c)

En cualquier caso serán siempre de preferente aplicación respecto del Derecho interno (Estatal o autonómico), **los Reglamentos y Directivas comunitarias,** por exigencia de la unidad del mercado comunitario.

# **INFLUENCIA DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Tras el Tratado de Adhesión el 12 de junio de 1985 España recepciona el acervo comunitario, que se divide en:

Dº Primario (Tratados constitutivos, incluidas sus modificaciones).

Dº derivado: reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

En el ámbito del Derecho mercantil, en lo relativo a la libre circulación de mercancías (28 y ss TFUE), de capitales (63 a 66 TFUE), al derecho a la li­bertad de establecimiento y prestación de servicios (49 a 62), a las reglas de la competencia empresarial (101 y ss) y a la necesaria aproximación de las legislaciones internas de to­dos los Estados miembros (114 a 118), se ha dictado por los órganos competentes de la UE numerosa regulación.

Por este motivo se alude a la aparición de un «Derecho mercantil comunitario». Aparte el derecho financiero, las tres ramas más influenciadas son (CHULIA):

. Consumidores y usuarios.

. Defensa de la competencia

. Sociedades (vg Ley de 25 Julio 1989).

La [Propuesta](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF) de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 octubre 2011, revela una aspiración a convertirse en un **derecho** contractual **europeo** autónomo (independiente de los nacionales de los diferentes Estados Miembros) **de carácter opcional** –voluntario-