

# LECCION 1: EL DERECHO MERCANTIL

## **SUMARIO:**

- 1.1.- Concepto y evolución histórica del Derecho mercantil
  - a) Problemas de delimitación del concepto
  - b) Origen y evolución histórica
  - c) Concepto
- 1.2.- Contenido del Derecho mercantil
- 1.3.- Fuentes del Derecho mercantil

## **1.1.- Concepto y evolución histórica del Derecho mercantil**

### *a) Problemas de delimitación del concepto*

Definir el concepto de Derecho mercantil implica conocer cuál es su contenido, es decir, cuál es la parcela de realidad jurídica que se encarga de regular. En principio, puede decirse que tiene por objeto las relaciones intersubjetivas, encuadrándose, por tanto, dentro de la rama del Derecho privado. Con este punto de partida, debemos tratar de delimitar la materia mercantil; delimitación que tiene interés porque en nuestro ordenamiento existen dos códigos (el civil y el de comercio –que es el mercantil-) que incluyen normas de Derecho privado. Esta circunstancia hará necesario concretar el ámbito de cada uno de ellos para saber la norma jurídica aplicable a cada supuesto.

La distinción entre lo que es civil y mercantil constituye una tarea compleja por varias razones. Entre ellas, porque frente a figuras originales reguladas exclusivamente en el Código de comercio (en adelante Cco), existen otras muchas, principalmente contratos, que también aparecen contempladas en el Código civil como son de sociedad, compraventa, depósito, mandato, etc. Se establece, de esta manera, una especie de regulación paralela para figuras comunes.

La delimitación del concepto de Derecho mercantil no puede hacerse desde la simple interpretación de los textos legales (hoy en día el Derecho mercantil es mucho más de lo que viene incluido en el Cco), por ello es necesario acudir fundamentalmente al estudio de su evolución histórica que nos permitirá concretar qué parcela de la realidad ha venido históricamente y sigue estando regulada por el Derecho mercantil

### *b) Origen y evolución histórica*

En la EDAD MEDIA se produce el nacimiento del Derecho mercantil íntimamente relacionado con la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que

se organizaron en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de clase. Las corporaciones, perfectamente organizadas, no sólo estaban regidas por estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles tradicionales, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes (la denominada “jurisdicción consular”) que resolvían las cuestiones surgidas entre sus asociados, administrando justicia según los usos o costumbres del comercio.

El Derecho mercantil nace así en la ÉPOCA MEDIEVAL con un doble carácter *consuetudinario y profesional*. Era el Derecho creado por los propios comerciantes para regular las diferencias o cuestiones surgidas en razón del trato o comercio que profesionalmente realizaban.

Estos caracteres perduran hasta principios del siglo XIX, cuando se inicia la CODIFICACIÓN MERCANTIL bajo el influjo de los principios de la Revolución francesa. El movimiento codificador, heredero del pensamiento racionalista, pretendía, por un lado, comprender y ordenar toda la realidad jurídica en códigos con una pretensión de totalidad y perdurabilidad, algo totalmente opuesto al carácter disperso y consuetudinario del Derecho mercantil medieval. Por otro lado, los ideales revolucionarios, aplicados a nuestra disciplina, supusieron la proclamación de la libertad de ejercicio del comercio y el fin del monopolio de los gremios o corporaciones. La ideología revolucionaria, que preconizaba la igualdad ante la ley, no era compatible con el mantenimiento de un derecho de clase como era el derecho de los comerciantes.

En consecuencia, el movimiento codificador supone un punto de inflexión en la concepción del Derecho mercantil. Si hasta entonces se definía como el derecho que regulaba la actividad económica desarrollada por los comerciantes, a partir de ahora se define por criterios exclusivamente objetivos. Se convertirá, así, en el derecho regulador de determinadas categorías de actos o bienes (los actos de comercio). A esta concepción del Derecho mercantil responde nuestro CCo de 1885. No obstante, es discutible que haya conseguido su objetivo de definir el Derecho mercantil en términos objetivos. Todavía existen instituciones cuya mercantilidad depende de que intervenga un comerciante.

Por las insuficiencias de las distintas teorías, surgen otras que, desde distintas perspectivas, tratan de explicar qué es el Derecho mercantil. Entre ellas, destaca el DERECHO DE LA EMPRESA: la crisis de la concepción objetiva del Derecho mercantil llevará a un progresivo retorno al concepto subjetivo del Derecho mercantil medieval. La diferencia con respecto a la Edad Media es que el sujeto central de la actividad económica deja de ser el comerciante, para pasar a ser la empresa.

### c) Concepto

Sin perjuicio de todos los problemas que conlleva una definición del Derecho mercantil, en la actualidad, se puede definir como “*la parte del Derecho privado*”

que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad profesional en el mercado” (Sánchez Calero).

### **1.2.- Contenido del Derecho mercantil**

El contenido del Derecho mercantil es:

- Regulación del empresario y su estatuto jurídico
- Derecho de sociedades
- Derecho de las obligaciones y contratos mercantiles
- Derecho de los títulos-valor
- Derecho concursal
- Derecho de la competencia y de la propiedad industrial.

### **1.3.- Fuentes del Derecho mercantil**

El Derecho mercantil participa del sistema de fuentes formales de nuestro ordenamiento jurídico. Este recordemos que es, según el art. 1 del Código civil, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Sin embargo, el art. 2 Cco establece una ESPECIALIDAD EN LA JERARQUÍA entre las fuentes. En concreto, que los actos de comercio se regirán:

1º Por las disposiciones contenidas en él que hoy se entiende referido a toda la **legislación mercantil**. En su defecto, es decir, cuando no exista disposición aplicable

2º Por los usos o costumbres mercantiles (**usos de comercio**) y

3º A falta de ambas reglas, por las del **Derecho común**.

Como EXCEPCIÓN muy importante, el artículo 50 Cco establece que respecto de los CONTRATOS MERCANTILES y tan sólo en determinados aspectos (requisitos, modificaciones, interpretación, extinción y capacidad de los contratantes) prevalecerán las reglas generales del Derecho común (las normas del Derecho civil) sobre los usos de comercio. En definitiva, en los aspectos señalados les será de aplicación las normas civiles sin que sean válidos pretendidos usos del comercio que los contradigan -serían nulos por ser costumbre *contra la ley*-.

#### **1.- Las leyes mercantiles**

Cuando el art. 2 Cco establece que la materia mercantil se regirá por las disposiciones contenidas en él, no se debe entender referido exclusivamente al código sino a cualquier ley aplicable a la materia mercantil. De hecho, hoy el Cco resulta anacrónico con importantes deficiencias técnicas y sistemáticas que lo convierten en un instrumento poco idóneo para satisfacer las necesidades actuales. La indispensable cobertura de las lagunas e insuficiencias del código y su actualización a las nuevas realidades se ha realizado a través de la impresionante proliferación de leyes mercantiles especiales.

Junto al Cco y a las Leyes especiales deben señalarse otros cuerpos legales que también podrían incluirse dentro de la denominación genérica de Ley mercantil:

a) *La Constitución española* (en adelante CE):

La CE establece el conjunto de derechos y principio sobre los que debe desarrollarse la vida económica y la actividad empresarial en España. A este conjunto de normas y principios se le denomina “Constitución Económica”.

Hay que destacar que la CE no es neutral ante la economía, sino que establece un modelo económico denominado “*economía social de mercado*”. Este modelo se caracteriza por respetar la propiedad y la iniciativa privadas aunque atemperadas y sometidas a las exigencias implícitas en la cláusula de Estado social y democrático de Derecho.

b) *La normativa estatal y autonómica*:

La CE configura en España el denominado “*Estado de las Autonomías*” por el que se conceden ciertas potestades normativas a cada una de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) que pueden configurar ordenamientos jurídicos propios.

Los arts. 148 y 149 CE atribuyen al Estado competencia exclusiva sobre la denominada “*legislación mercantil*”.

Sin embargo, son diversos los Estatutos de autonomía que atribuyen a las CCAA determinadas competencias en materias propias del Derecho mercantil. Así, en algunos existen una potestad legislativa y de ejecución compartidas (publicidad, defensa del consumidor, etc.). En otros sectores solo se reconoce a favor de las CCAA potestad ejecutiva (propiedad industrial, salvamento marítimo). Además, determinadas leyes estatales les reconocen potestades ejecutivas o legislativas en otros sectores.

El Tribunal Constitucional ha evitado en cualquier caso definir concretamente qué debe entenderse por legislación mercantil.

c) *Legislación comunitaria en materia mercantil*:

El Derecho comunitario se configura por:

- Derecho comunitario primario: constituido por los tres Tratados constitutivos y demás tratados y actos modificativos.
- Derecho comunitario derivado: constituido por el conjunto de Reglamentos y Directivas que tienen alcance general y carácter vinculante y obligatorio aunque con muy diferentes efectos en su aplicación.

## 2.- Los usos de comercio

El Derecho mercantil posee un claro origen consuetudinario al haber sido formado a partir de la inadecuación del Derecho común a la actividad de los comerciantes, quienes con su conducta crearon las instituciones y las normas necesarias para regular convenientemente las exigencias de su tráfico profesional. Así, al recoger los usos dentro de la jerarquía de fuentes, el Cco reconoce que no es capaz de recoger todo el Derecho objetivo y respeta el poder de formación autónoma de normas mercantiles por parte de los comerciantes o empresarios.

El uso constituye así una práctica comercial efectiva y reiterada sobre la cual existe una conciencia general (*opinio iuris*) sobre su existencia y obligatoriedad, con independencia de la voluntad de las partes, a las que obligará o vinculará a menos que expresamente se pronuncien en contrario. Además la aplicabilidad del uso (excepto del uso notorio) debe alegarse y probarse por quien pretende su aplicación.

En el sector de la contratación mercantil moderna, y salvando el plano del Derecho del comercio internacional, los usos del comercio están en decadencia como resultado de un conjunto de causas. Al ser una norma jurídica no escrita, su existencia es incierta. Incertidumbre que es incompatible con el moderno y ágil tráfico económico. Además las partes pueden y suelen establecer cláusulas que impiden su aplicación. Finalmente la utilización de contratos-tipo y la creciente utilización de las condiciones generales (que en ocasiones reproducen usos existentes) ha debilitado su función y utilización.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AAVV, *Manual de Derecho Mercantil para Administración y Dirección de Empresas (ADE) y titulaciones afines* (dir. Farias Batlle, M.; coord. Alfonso Sánchez, R./Andreu Martí, M.M./Boldó Roda, C.), ed. Atelier, 2023, Barcelona.