

**PRINCIPIOS DEL DERECHO
MERCANTIL**

MIGUEL ÁNGEL TENAS ALÓS

**PRINCIPIOS DEL DERECHO
MERCANTIL**

CEDEU

Editorial Síndesis

1ª edición, 2021

© Miguel Ángel Tenas Alós

© 2021, editorial Sindéresis

Venancio Martín, 45 – 28038 Madrid, España

Rua Diogo Botelho, 1327 – 4169-004 Porto, Portugal

info@editorialsinderesis.com

www.editorialsinderesis.com

ISBN: 978-84-19199-05-8

Depósito legal: M-37160-2021

Produce: Óscar Alba Ramos

Impreso en España / Printed in Spain

Reservado todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	9
1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL: CONCEPTO Y FUENTES.....	11
1. Concepto de Derecho Mercantil	11
2. Fuentes del Derecho Mercantil	21
2. EL USO MERCANTIL, LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y EL CONSUMIDOR.....	25
1. El uso mercantil	25
2. Las condiciones generales de la contratación	27
3. El consumidor. Referencia del derecho de consumo.....	33
II. EMPRESARIO, EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.....	39
3. EL EMPRESARIO PERSONAL FÍSICA	41
1. La empresa.....	41
2. El empresario	46
4. EL EMPRESARIO PERSONA JURÍDICA.....	55
1. Introducción	55
2. Tipos de empresario persona jurídica	58
3. Sociedades irregulares	71
5. ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPRESARIO: RESPONSABILIDAD.....	73
1. La responsabilidad del empresario individual	73
2. Responsabilidad del empresario. El emprendedor de responsabilidad limitada	75
3. La responsabilidad contractual y extracontractual del empresario... ..	77
4. Responsabilidad por actos de dependientes.....	87

6. COLABORADORES DEL EMPRESARIO Y OBLIGACIÓN DE LLEVANZA DE CONTABILIDAD.....	89
1. Colaboradores del empresario. La representación.....	89
2. Obligación de llevanza de la contabilidad.....	98
7. EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL	103
1. Introducción y características	103
2. Sociedad civil y sociedad mercantil	107
3. Tipos de sociedades mercantiles.....	108
4. El establecimiento mercantil.....	113
III. DERECHO DE LA COMPETENCIA	125
8. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA ...	127
1. El concepto económico de competencia.....	127
2. Derecho de libre competencia	130
3. Derecho de la Unión Europea.....	133
4. El modelo español.....	135
9. DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA	143
1. Conductas colusorias	143
2. Prácticas abusivas	149
3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.....	153
4. Supuestos de dispensa de las prohibiciones.....	154
5. Control de las operaciones de concentración económica	155
6. Ayudas y subvenciones públicas	157
10. COMPETENCIA DESLEAL.....	161
1. La protección de la competencia	161
2. Los actos de competencia desleal. Catálogo de supuestos concretos	167
3. Actos contrarios al mercado	176
4. Acciones legales	177

11. LA PUBLICIDAD COMERCIAL.....	179
2. La integración de la publicidad en los contratos perfeccionados ...	181
3. Las declaraciones publicitarias como continente de los deberes precontractuales de información.....	185
4. Supuestos específicos de publicidad ilícita.....	187
5. El jurado de la publicidad de autocontrol y acciones disponibles contra la publicidad ilícita	190
IV. PROPIEDAD INDUSTRIAL	193
12. INTRODUCCIÓN A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL	195
1. Introducción.....	195
2. Propiedad intelectual	196
3. Propiedad industrial.....	201
13. SIGNOS DISTINTIVOS.....	209
1. Introducción.....	209
2. Marcas.....	210
3. El signo constitutivo de marca.....	217
4. Contenido del derecho de marca.....	220
14. CREACIONES INDUSTRIALES	225
1. Introducción.....	225
2. Diseño industrial.....	227
15. PATENTES.....	239
1. Introducción.....	239
2. Principales normativas en la materia	240
3. Concepto de invención	241
4. Requisitos de patentabilidad	243
5. Excepciones a la patentabilidad.....	245
6. Derechos del inventor	246
7. Las patentes	250

BIBLIOGRAFÍA..... 255

I. INTRODUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL: CONCEPTO Y FUENTES

SUMARIO: 1. Concepto de Derecho Mercantil / 2. Fuentes del Derecho Mercantil

1. Concepto de Derecho Mercantil

1.1. Concepto

Entendemos el Derecho Mercantil como el sector del ordenamiento jurídico privado que nace y se viene desarrollando con el objeto de atender a las exigencias del tráfico económico, para las que el Derecho Civil se mostró desde el primer momento insuficiente.

Una de las cuestiones fundamentales que resultan de obligada referencia es la tremenda antigüedad existente en la regulación de las materias concernientes al Derecho Civil, por un lado, y al Derecho Mercantil, por el otro. Si bien es cierto que durante el paso de las décadas los textos han ido siendo modificados, la redacción original del Código Civil español data del año 1889. En el caso del Código de Comercio, el cuerpo normativo de referencia en materia de Derecho Mercantil, el año de aprobación es 1885.

Estas fechas de aprobación de los textos legales son, a la vista de cualquier experto o persona que conozca algo del mundo del Derecho, tremendamente antiguas. Si por algo destaca la labor de la abogacía es por la continua modificación de sus fuentes doctrinales, bien con la aprobación y promulgación de nuevas normativas o textos, o con los distintos pronunciamientos jurisprudenciales que implican la modificación de algunas cuestiones.

En la actualidad, múltiples tipos de negocios que han alcanzado gran relevancia ni siquiera existían cuando se aprobó el Código de Comercio. En

sentido, los contratos de franquicia, el comercio electrónico, leasing, renting, o la simple y extendida utilización de tarjetas bancarias, son sistemas o tipos de contrato que en la redacción originaria del Código de Comercio resultaban de imposible regulación, porque ni siquiera existían en la mayoría de los casos no ya la idea en sí, sino ni siquiera conceptos básicos de los mismos ni la tecnología que ha hecho posible su uso con el paso del tiempo.

El Derecho Mercantil, en sus orígenes, estuvo ligado a la actividad comercial, naciendo a partir del desarrollo económico de las ciudades. No puede olvidarse que, en la Edad Media, el comercio estaba dando sus primeros pasos. Así, el Derecho Mercantil nació para dar respuesta a la exigencia de regular, en aquel momento, la economía de mercado (Jiménez Sánchez, 2018, p. 13).

En el siglo XI comenzó el intercambio de productos e ideas. En este aspecto, las peregrinaciones a otros lugares, así como las cruzadas y el renacimiento del comercio ayudaron, todos ellos, a la mejora de Europa. Comenzaron a desarrollarse las ferias, como lugares de encuentro periódico donde se intercambiaban mercancías, resultando las más importantes las de Champagne, de gran repercusión en los siglos XII y XIII. Se trataba de seis ferias anuales que lograron eclipsar al resto, y cuya celebración tenía lugar en la llanura francesa de este nombre, situada a medio camino entre Venecia y Brujas.

En estas ferias, que duraban varios días, acudían no sólo mercaderes, sino también juglares o titiriteros, que ayudaban a dotarlas de un carácter festivo y fomentaban que muchas más personas se interesasen por las mismas.

En el siglo XIII aparecieron los primeros bancos, en una concepción muy distinta a como los conocemos en la actualidad. Además, la mayoría de los banqueros no dejaban de ser una suerte de prestamistas privados –figura prohibida en la actualidad por nuestro ordenamiento jurídico–. En esencia, cobraban intereses por los distintos préstamos que concedían, abrían libros de cuenta, realizaban transferencias monetarias para sus clientes y protegían sus ahorros.

En aquella época, viajar con dinero físico no sólo era incómodo, sino también tremendamente peligroso, lo que ayudó al rápido crecimiento de estos bancos. Todo esto ayudó, en suma, a que la mayor parte de las compraventas se realizasen mediante transacciones a crédito. Para estas últimas, uno de los instrumentos que más cómodo resultó fueron las letras de cambio, que perviven hasta la actualidad, aunque con las lógicas modificaciones resultado del paso del tiempo. En esencia, mediante estas letras de cambio se producía un acuerdo bilateral –entre el prestamista y el deudor– por el cual el dinero prestado podía devolverse después de un plazo fijado de antemano por las partes, en el lugar convenido por las mismas e incluso en una moneda distinta a la prestada.

En España, la situación resultaba semejante a la explicada brevemente para Europa. El sistema económico se basaba en dos pilares fundamentales: la ganadería y la agricultura. Realeza, nobleza y clero eran los principales propietarios de los terrenos, cuyo cultivo realizaban los campesinos, aproximadamente el 80% de la población total del país. Las cabezas de ganado constituían, además, una de las bases indispensables de la economía. La ganadería no resultaba únicamente una fuente de ingresos para los propios ganaderos, sino que también era muy interesante para la Corona, que percibía dividendos mediante la alcabala.

La suma de todos estos factores supuso que, en la Alta Edad Media se experimentase un importante auge de la ganadería y de todos los productos derivados de ella. Unido al perfeccionamiento de las técnicas agrarias, que permitieron el aumento de la producción y la obtención de mayor número de excedentes, y el aumento demográfico experimentado en el conjunto de la población del país, implicaron un aumento en la fabricación de productos como lana o cuero, que eran realizados por artesanos en talleres individuales o familiares.

Estos talleres implicaron, con el paso de los años, que apareciesen los gremios –agrupaciones de artesanos que trabajaban el mismo producto–. Los objetivos de los gremios resultaban ser, fundamentalmente, de carácter económico. Entre sus competencias se encontraban el abastecimiento de materias primas para todos los miembros de la asociación o la especificación y

regulación de acceso a la profesión, indicando las distintas etapas que debían superar quienes pretendieran dedicarse a la actividad concreta –la pirámide se encontraba perfectamente establecida y jerarquizada, con exigencias de permanencia al aprendiz de dos años en período de formación, lo que le permitía ascender a oficial, que era el escalón intermedio e inmediatamente inferior al maestro, que era la persona que ostentaba la capacidad para dirigir el negocio–. Se perteneciese al escalafón que se perteneciese, si se formaba parte del gremio, se tenía derecho a percibir un salario. Pero también se encargaban de cuestiones menos relativas al propio negocio, como el cuidado de los huérfanos y viudas tras el fallecimiento de alguno de los miembros del gremio.

La perfección de las técnicas de producción y la disponibilidad de mayores excedentes supuso la necesidad de buscar nuevos mercados donde vender los productos. De esta manera, los mercados fueron atrayendo cada vez mayor número de comerciantes, lo que incidía también en mejores ingresos en los propios mercados y, por relación directa, de las ciudades donde se celebraban. Estos mercados podían tener carácter local o provincial y pronto, los más importantes, comenzaron a tener una periodicidad diaria.

Estos mercados, cuya principal tarea residía en proveer a los habitantes de las ciudades de los alimentos y productos más básicos, comenzaron a gozar de mayor repercusión cada vez. Existieron normas de mercado carácter proteccionista, que implicaban la prohibición a los mercaderes de sacar trigo, vino o cualquier otra vianda hasta que los habitantes de su ciudad no se hubieran proveído. Pero la mejor producción implicó una mayor existencia de productos disponibles. Como consecuencia de ello –o causa, según qué fuente consultemos–, las vías de comunicación también sufrieron mejoras, permitiendo un transporte más sencillo de las mercancías y facilitando por lo tanto la actividad comercial. Además, se produce un uso continuado de las monedas y, al igual que ocurrió en el resto del continente, aparecieron los banqueros y las letras de cambio.

Hoy día, el Derecho Mercantil español todavía ofrece ciertas excepciones a las figuras de los artesanos, ganaderos y agricultores, derivadas en gran medida de los derechos adquiridos por el paso del tiempo por estos sectores, y por la propia tradición.

En la actualidad, cuando nos referimos al Derecho Mercantil, estamos aludiendo a una materia que disciplina el ejercicio de cualesquiera actividades empresariales, ya sean comerciales, industriales o de servicios. Entendemos, como Derecho Mercantil, una rama del derecho privado patrimonial, construido con carácter general sobre las figuras de la empresa, el empresario y la actividad empresarial. Cuestiones como la obtención de beneficios o los derechos de los consumidores, si bien son también tremendamente importantes –especialmente la primera para las empresas, así como la segunda para el Derecho–, no constituyen elementos esenciales de nuestra materia.

Una obligada referencia debe realizarse respecto a la independencia o no del Derecho Mercantil, respecto al Derecho Civil. Resulta indudable que los orígenes del Derecho Mercantil provienen de la materia de Derecho Civil, existiendo todavía relativas dudas respecto a la posibilidad de que se trate de una materia ya perfectamente distinguida en el ámbito profesional, o no.

Del mismo, desde hace tiempo parece poder advertirse que el Derecho Mercantil ostenta cuestiones y problemas por completo propios, que en nada atañen al Derecho Civil, y que lo superan con mucho.

Hoy día, la opinión mayoritaria se inclina por la opinión de la sustantividad propia del Derecho Mercantil, resultando innegable que todavía existen lazos entre un Derecho y otro, –como demuestra la necesidad, producida en bastantes ocasiones y con cierta frecuencia, como el lector podrá ir comprobando en las próximas páginas de esta obra, de consulta de las normas relativas a algún contrato específico en el Código Civil u otra norma civilista, al no resultar suficientes las recogidas al respecto en los textos mercantiles– (Olivencia Ruiz, 2014).

Como uno de los principales argumentos en la defensa de quienes defienden que el Derecho Mercantil es todavía una rama del Civil, podría mencionarse el hecho de que no existe en nuestro Tribunal Supremo una Sala específica que trate de los problemas mercantiles, sino que es la Sala de lo Civil la encargada de conocer de los asuntos en cuestión.

No obstante, también resulta cierto que están creándose, cada vez más, en tribunales de inferior rango, juzgados que únicamente conocen de materias

mercantiles. En los Tribunales Superiores de Justicia, por ejemplo, las Salas de lo Mercantil existen desde hace tiempo, y recientemente están creándose algunas específicas para materia concursal, cuya relevancia en los últimos tiempos está siendo cada vez mayor y que es, no hay duda en este caso, una rama del Derecho Mercantil.

La doctrina entiende que el Derecho Mercantil abarca sectores como el relativo al empresario individual y sus instituciones afines –que implican la contabilidad, ya sean libros obligatorios para todos los empresarios, o para algún tipo concreto, así como la protección de los consumidores–, el Derecho de Sociedades –relativo al estudio de las distintas personas jurídicas que pueden operar en el mercado y sus características generales y particulares–, el Derecho de la Contratación, el Derecho del Mercado Financiero –que no obstante, no acostumbra a estudiarse en las asignaturas de Derecho Mercantil propiamente dicho–, el Derecho Concursal –de gran importancia en la actualidad, y cuyo objetivo es la satisfacción de los acreedores de la compañía y, en menor medida, la continuidad de la actividad mercantil–, el Derecho de navegación marítima y aérea –que recientemente, parece aceptarse por la doctrina su desarraigo del contrato de transporte en general para obtener sustantividad propia– y el Derecho de Títulos Valores –dentro del cual encontramos las figuras del cheque, el pagaré y la letra de cambio–.

El Código de Comercio, en su artículo 2, considera que el Derecho Mercantil es el encargado de regular los actos de comercio, pero no establece la definición de qué debemos entender como tales.

Con la redacción actual del Código de Comercio, debe entenderse que resulta de aplicación a toda aquella persona que realice cualquier tipo de acto de comercio, de manera independiente a que resulte ser un comerciante o no. En este sentido, nos encontramos también ante una suerte de lista abierta, por lo que resulta indiferente la expresión concreta con la que nos refiramos a quien se encuentre perfeccionando algún acto de comercio. Esta justificación es la que nos permite, sin ningún problema, encajar dentro de la regulación del Código de Comercio a los actuales empresarios, sean del tipo que sean, y se consideren o no comerciantes, en el sentido gramatical del término.

Siguiendo la definición que nos ofrece la Real Academia Española de la Lengua, puede considerarse como comerciante a quien comercia, a la persona propietaria de un comercio, y también a la persona a quien son aplicables las especiales leyes mercantiles.

Respecto a qué puede entenderse como comercio, la Real Academia Española señala en este sentido que se trata de una compraventa o intercambio de bienes o servicios, que puede ser también referido a un conjunto de actividades económicas centradas en el comercio o, de la misma manera, una tienda, almacén o establecimiento de comercio, incluso el conjunto o clase de los comerciantes. Se incluyen otras acepciones del término, pero no resultan relevantes desde el punto de vista del Derecho.

1.2. Contenido sistemático

Entendemos como empresario a las personas físicas o jurídicas que, en nombre propio, organizan algún tipo de actividad económica, asumiendo tanto los derechos como las obligaciones derivadas de la misma. En este sentido, y aunque será desarrollado posteriormente, conviene señalar dos tipos distintos de empresario.

En primer lugar, encontramos el empresario o comerciante individual, que son aquellas personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio –es decir, poseen la aptitud legal para ser titulares de derechos y de obligaciones–, se dedican a él de manera habitual.

En segundo lugar, se encuentran los empresarios sociales. En esencia, las sociedades mercantiles que se constituyen con arreglo a la ley, y que pueden ser de muy diversos tipos.

Además del propio Código de Comercio, que regula la figura del empresario en los artículos 1 a 33, también existen diversas normas importantes en relación con el empresario, como por ejemplo, el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil – y que regula la figura ahora reseñada en sus artículos 81 a 93–, o el Real

Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entre otras.

Respecto al empresario, encontramos directamente relacionadas, por lo tanto, las normas que delimitan su estatuto –en particular, los deberes de registro y contabilidad que deben regir en su actividad profesional–, pero también otras de distinta naturaleza, como la responsabilidad del empresario o el Derecho de organización, por citar algunas.

Cuando nos referimos a estatuto del empresario, estamos aludiendo al conjunto de derechos, deberes y obligaciones inherentes a su figura, pero no es un concepto idéntico al Código Deontológico de la Abogacía, por ejemplo. En este sentido, no existe de manera específica un código así para el ejercicio de la actividad de empresario, aunque encontramos autores que han intentado establecer cuáles deberían ser las virtudes que todo buen empresario, idealmente, reuniría.

Así, siguiendo a Savater (2014), un buen empresario debería tener características como la audacia –si un líder no puede asumir riesgos, no podrá ser un buen empresario–; la capacidad de identificar un interés común entre los colaboradores –que motive, por tanto, las decisiones y las acciones de la empresa–; la prudencia –deben medirse los riesgos y adaptar las estrategias de la empresa para evitar perjuicios a la misma; responsabilidad –el empresario debe ser capaz de asumir los fracasos y buscar las mejores soluciones para todo su equipo de trabajo–; la eficacia –entendida como la capacidad de generar beneficios, satisfaciendo las necesidades de los consumidores–; la confianza –pues de ello dependerá el modo en que cree sus productos, preste sus servicios y administre su negocio, para el establecimiento de una relación lo más duradera posible con sus clientes; y finalmente, una ética de mínimos –entendida como los requisitos necesarios para que cada miembro o entidad de una comunidad pueda alcanzar su felicidad sin perjudicar en ningún momento al resto de la sociedad–.

A la actividad empresarial se asocian los distintos preceptos que regulan los instrumentos jurídicos necesarios para su realización, esto es, las obligaciones y los contratos mercantiles, así como los títulos valores. Del mismo

modo, también se encuentran asociadas a esta figura cuestiones como la libre competencia o el Derecho a la protección de los consumidores.

La tercera y última figura básica y fundamental del Derecho Mercantil, junto al empresario y la actividad empresarial, es la Empresa.

El primer problema que encontramos con la Empresa es su definición, pues el Código de Comercio no establece en ningún lugar qué debemos entender como tal. En ese aspecto, ha sido el Tribunal Supremo el que ha debido pronunciarse, configurándola como una unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva, integrada no solamente por determinados elementos singulares, sino también, por el elemento preponderante de la organización, fuente de dinamismo y creador en la esfera de la producción económica.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1994 (ROJ: STS 14895/1994), se pronunció en este aspecto, indicando, en su Fundamento de Derecho Tercero, que:

“(...) se destaca el concepto de empresa mercantil que se configura con una unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva, integrada no solamente por determinados elementos singulares sino también por el elemento preponderante de la organización, fuente del dinamismo creador y de la actividad en la esfera de la producción económica, rasgos o señas todas ellas de identidad que obligan a la organización empresarial, como tal unidad patrimonial, al cumplimiento de cuantas obligaciones le incumben, pues fácil sería en otro caso obtener por la ficción de un cambio meramente formal la extinción de obligaciones inequívocas, efecto no querido por la Ley (...)”.

Más recientemente, nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado también respecto al concepto de grupo de empresas, en Sentencia de 20 de junio de 2018 (ROJ: STS 2601/2018), indicando, en el Fundamento de Derecho Sexto, que:

“(...) recordemos una precisión terminológica que hemos efectuado en los tiempos recientes e indicativa de que “la expresión «grupo patológico» ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una

actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de «empresa de grupo» o «empresa-grupo», que resultaría así como el género del que aquél –el grupo patológico– es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros””.

Así, se distinguen entre la Empresa propiamente dicha (entendida como el aspecto subjetivo o la actividad realizada por el empresario) y el establecimiento (que sería el aspecto objetivo, siendo elementos singulares de carácter personal y real al servicio de la actividad).

A la dimensión objetiva o jurídico patrimonial de la Empresa se ligan los principios que permiten su tratamiento como conjunto organizado de bienes y la regulación de su transmisión, igual que el arrendamiento de inmuebles destinados a local de negocios y los bienes de propiedad industrial.

En suma, puede proponerse, siguiendo al profesor Bueno Campos (2011), la siguiente definición del concepto de Empresa:

“La Empresa es la unidad económica que combina los diferentes factores productivos, ordenados según determinada estructura organizativa, localizados en una o más unidades técnicas y físico-espaciales y dirigidos sobre la base de cierta relación de propiedad y control, con el ánimo de alcanzar unos objetivos, entre los que destaca el beneficio empresarial”.

Son elementos constitutivos de la Empresa los bienes muebles e inmuebles – sean locales, almacenes o vehículos de reparto, entre otros posibles–, los derechos reales y de crédito –préstamos o de cualquier otro tipo–, así como la propiedad industrial –patentes, modelos de utilidad o industriales–, la propiedad comercial y las relaciones de puro hecho –las existentes con los clientes, así como los servicios del personal y las expectativas de ventas–.

Respecto a la Empresa, pueden destacarse algunas normativas propias, como la Ley 24/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en sus artículos 29 y siguientes, o la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y sin prenda de desplazamiento de posesión.

Además, otras cuestiones, como el arrendamiento de empresa, se encuentran recogidas en el Código Civil –concretamente en este caso, en el artículo 1546 y siguientes–, o en este mismo cuerpo legal y en el Código de Comercio, como las referidas a la transmisión de empresa –de este modo, los artículos 5 y 325 del Código de Comercio regulan esta cuestión, haciendo lo propio los artículos 1056.2, 1271.2, 1406.2 y 1445 y siguientes del Código Civil.

2. Fuentes del Derecho Mercantil

Vamos a seguir la clasificación reconocida unánimemente por la doctrina española, de modo que no existe debate alguno respecto a la clasificación, o no, de los siguientes elementos analizados, en lo relativo a esta cuestión.

2.1. Fuentes normativas

Las fuentes del Derecho Mercantil se encuentran relacionadas en el artículo 2 del Código de Comercio. Así, se establece en primer lugar la preponderancia del propio Código de Comercio, tanto en el caso de que los realicen los comerciantes o no –no olvidemos, en este sentido, que se entiende que los empresarios se encuentran en esta categoría–. En caso de que este cuerpo legal no regule la disposición concreta, se aplicarán los usos del comercio propios de cada lugar. Si tampoco estuvieran regulados en él, se seguirán las normas del Derecho común.

No obstante, el artículo 50 del Código de Comercio antepone el Derecho común a los usos del comercio, en lo respectivo a los requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes. El artículo se encuentra dentro del Título IV, titulado *Disposiciones generales sobre los contratos de comercio*.

Esta contradicción debe salvarse entendiendo que la primacía del Derecho común respecto a los usos del comercio en el ámbito de la contratación mercantil rige únicamente cuando se incluya normas de carácter imperativo, no meramente de carácter dispositivo.

Finalmente, en lo relativo al artículo 2 del Código de Comercio, únicamente está refiriéndose a los actos de comercio, no a otras cuestiones relativas al Derecho Mercantil. Esto supone, por lo tanto, que no resulta de aplicación a las distintas materias de carácter mercantil que no sean actos de comercio, como ocurre, por ejemplo, con el Registro Mercantil (Gallego Sánchez, 2017, p. 14).

2.2. La Ley mercantil

En materia de Derecho Mercantil, encontramos varias normas que se encargan de la regulación de todas las cuestiones pertinentes. En este sentido, y de manera amplia, vamos a entender al respecto toda norma escrita de carácter general, emanada del poder soberano del Estado, cualquiera que sea su rango o categoría.

En primer lugar, debe citarse el Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885. Su rango normativo, no obstante, no resulta superior al de cualquier otra Ley mercantil, aunque dispone de un carácter y significado singular dentro de la normativa mercantil, actuando además de manera supletoria en defecto de normativa específica.

El actual Código de Comercio se inspira fundamentalmente en el anterior, de 30 de mayo de 1829, y derogado con la entrada en vigor del texto legal de 1885. La principal motivación para la aprobación del actual Código se fundamentó en la incapacidad del anterior de dar respuesta a las exigencias del tráfico mercantil de la época, que se encontraba en permanente evolución.

Precisamente, el objetivo de adaptación a los nuevos tiempos que implicó un nuevo Código de Comercio en el año 1885 resulta un escollo difícil de difícil justificación respecto a la posibilidad de que todavía no exista un nuevo texto legal de base en materia mercantil, puesto que la evolución continúa siendo constante e, incluso, mayor y más rápida cada vez.

En esta ocasión, sin embargo, el legislador no ha optado por la elaboración de un nuevo Código de Comercio, sino que la tónica dominante de las últimas décadas consistió en tareas de descodificación –esto es, en la

aprobación de varias leyes especiales que regulan materias específicas—. Actualmente está siguiéndose la tendencia inversa, en un proceso de recodificación, en el que se inserta por ejemplo la última modificación del Código de Comercio. En el mismo sentido, desde hace tiempo existe la intención de una nueva redacción de este texto legal.

Respecto a las competencias, como es bien sabido, en nuestro país, tienen competencia legislativa tanto el Estado como todas las Comunidades Autónomas. En este sentido, algunas han optado por un mayor número de competencia que otras.

Habitualmente, la capacidad de las Comunidades Autónomas para regular respecto a una materia se encuentra definida a la perfección, pero no siempre ocurre esto así. Es, precisamente, el ejemplo del Derecho Mercantil, pues han existido diversos problemas respecto a la competencia o no de las Comunidades Autónomas en alguna materia concreta.

En materia mercantil, la Constitución Española establece, en su artículo 149.1.6^a, que nos encontramos ante una competencia exclusiva del Estado.

No obstante, la imprecisión técnica de la Constitución Española, en algunas materias, entre las que debe incluirse la temática mercantil, en la que no se limitan específicamente sus fronteras, ha permitido que las Comunidades Autónomas legislen al respecto y también ejecuten la normativa estatal. En este aspecto, las Comunidades Autónomas han legislado en materias relativas a la banca, los seguros o disposiciones relativas a la propiedad industrial.

En lo relativo al Derecho comunitario, la adhesión de España a la Unión Europea, producida en 1986, obligó al legislador nacional a someterse a un intenso proceso armonizador, para alcanzar una normativa lo más semejante posible en los Derechos nacionales del resto de países miembros de la Unión.

Los instrumentos normativos de los que se vale el Derecho comunitario, considerado en la actualidad a todos los efectos como Derecho interno, son en esencia, dos distintos; los Reglamentos –normas de directa aplicación en el territorio español desde el momento de su aprobación por la Unión Europea– y las Directivas –requieren de transposición–.

La legislación comunitaria resulta, a todos los efectos, entendida como Derecho interno. Esto se produce, tanto en materia de carácter mercantil, como en cualquier otro campo del Derecho.

En cambio, en lo que respecta a la legislación mercantil, en el ámbito internacional –y constituida por los Convenios internacionales–, únicamente se incorpora al ordenamiento nacional en virtud de un puntual, específico y explícito reconocimiento por parte del Estado, tal y como señalan los artículos 96.1 de la Constitución Española, y 1.5 del Código Civil.

Debe indicarse, al respecto del Derecho internacional, que se encuentra caracterizado un ámbito de aplicación de carácter subjetivo. Es decir, que únicamente se aplican cuando existe un elemento internacional, que normalmente será la distinta nacionalidad de las partes de la relación. No obstante, pueden ser otras características de la relación jurídica, como la existencia de un transporte internacional –entre empresas, incluso, que pertenezcan a un mismo país–.

En lo que respecta al contenido del Derecho Mercantil internacional, pueden distinguirse dos tipos de normas distintas; la de carácter conflictual, y las de índole material.

Nos referimos a normas de carácter conflictual como aquellas normas de conflicto, es decir, los preceptos que no disciplinan directamente la relación concreta de la que se trate. En este aspecto, se limitan a indicar cuál es el ordenamiento jurídico estatal que debe regularla, pero no proponen ninguna solución, sino simplemente la norma aplicable. Fueron, cronológicamente, las primeras en aparecer.

En cambio, cuando aludimos a normas de índole material, estamos refiriéndonos a las que pretenden la unificación y armonización gradual de las normas materiales. Por lo tanto, en lo relativo a estas normas, deben destacarse los esfuerzos de unificación material legislativa efectuados por UNIDROIT –Instituto Internacional para la Unificación del Derecho– y los de Naciones Unidas, mediante UNCITRAL –Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional–.