

BLOQUE I. INTRODUCCIÓN

TEMA 1. CONCEPTO Y FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

Régimen jurídico: arts. 38 y 22 CE¹; art. 1 CC²; arts. 1, 2 y 50 C.Com³.

I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Presupuesto necesario para la configuración del Derecho mercantil actual es el reconocimiento a los ciudadanos de un importante derecho constitucional: la *libertad de iniciativa en materia económica o libertad de empresa*, que puede ser ejercitada por un sujeto individualmente o bien asociándose con otros sujetos y constituyendo una persona jurídica (arts. 38 y 22 de la Constitución Española). El ejercicio de la libertad de empresa se desarrolla en un entorno económico típico, el *mercado*, que desempeña una función central en esta disciplina jurídica. En el mercado participan los empresarios (individuales y sociales) ofreciendo sus productos y servicios a los demandantes de los mismos (otros empresarios –minoristas, distribuidores- o bien los consumidores y usuarios, en cuanto destinatarios finales de los productos o servicios ofertados).

Art. 38 CE. “Se reconoce la *libertad de empresa* en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Art. 22 CE. 1. “Se reconoce el *derecho de asociación*. 2. [...]”

El Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 (en adelante, se utilizará la abreviatura C.Com.) contiene las normas que conforman el contenido *originario* del Derecho mercantil. Consiste en la ordenación de las reglas jurídicas especiales que habrán de observar aquellos sujetos que, con carácter profesional, ofrecen bienes y servicios en el mercado (que el Código llama *comerciantes*), así como la regulación de los *instrumentos jurídicos* propios de esa concreta actividad económica (los “*actos de comercio*”, según la terminología del C.Com.). El Derecho mercantil es, desde sus orígenes, el *Derecho de los comerciantes y de la actividad comercial*.

¹ Constitución Española, publicada en el BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

³ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Autora: Mercedes Sánchez Ruiz
Profesora Titular de Derecho Mercantil

Debe matizarse, no obstante, que el Derecho mercantil se ha visto ampliado en la actualidad de manera notable respecto a su contenido originario, incluyendo nuevas materias vinculadas con el desarrollo de actividades empresariales, industriales o de servicios y que conforman nuevos sectores normativos dentro de la disciplina, tales como el Derecho de la competencia o el Derecho de la propiedad industrial.

1. Concepción subjetiva del Derecho mercantil: el Derecho de los comerciantes

El Derecho mercantil regula, en primer lugar, el llamado “*estatuto del comerciante*”. Dicho estatuto comprende el conjunto de normas e instituciones jurídicas aplicables a los comerciantes -*hoy diríamos “empresarios”*- por el hecho de serlo, esto es, por ostentar esa condición profesional. Incluye, en esencia, las materias que se exponen a continuación.

a) Ofrece un concepto jurídico de “empresario”, regula los *requisitos necesarios para la adquisición y pérdida de la condición de comerciante/empresario* y contempla ciertas prohibiciones e incompatibilidades para ejercer actividades comerciales (arts. 1-15 C.Com.).

b) Impone a los empresarios el *deber de inscribirse en el Registro Mercantil y de dar publicidad legal* a determinados actos realizados por estos con trascendencia para terceros (arts. 16-14 C.Com.)

c) Regula la *obligación del empresario de llevar una contabilidad ordenada y ajustada* a los criterios previstos por la Ley (arts. 25-49 C.Com.).

d) Contempla ciertas *especialidades de la representación del empresario* en el ejercicio de su actividad típica (arts. 281-302 C.Com.).

Los exclusivos destinatarios de las normas que conforman el citado “estatuto” son, en principio, los *comerciantes*. Hay que precisar, pues, *qué se entiende por comerciante / empresario*⁴.

El C.Com. considera comerciantes, según su artículo 1, a dos grupos de sujetos: 1º) *A quienes, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dediquen a él habitualmente* (persona física comerciante). 2º). *A las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código* (persona jurídica comerciante).

1º) La caracterización legal del comerciante persona física del art. 1.1º C.Com. no puede considerarse una verdadera definición, pues viene a decir que es comerciante quien tiene capacidad para serlo. En todo caso, el dato esencial que lo

⁴ La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades reformó el C.Com. y sustituyó la noción de “comerciante” por la de “empresario” en algunas materias (de manera que ahora coexisten ambos conceptos en dicho cuerpo legal): Registro mercantil (arts. 16, 19, 22, 24), contabilidad (rúbrica título III, arts. 25 y ss.)

Autora: Mercedes Sánchez Ruiz
Profesora Titular de Derecho Mercantil

define es el *ejercicio del comercio*, es decir, el desarrollo de una actividad de intermediación y/o de producción de bienes y servicios por parte de un sujeto *de forma profesional*. Esta profesionalidad implica, por un lado, habitualidad en el desarrollo de la actividad y, por otro, que quien la realiza tiene el poder de organizarla y dirigirla según su propio criterio y, además, asume personalmente los resultados patrimoniales, positivos o negativos, derivados de su ejercicio.

2º) Las “compañías” o sociedades reguladas en el Código (sociedad colectiva y comanditaria simple) también revisten el carácter de empresarios (art. 1.2º C.Com), siendo su objeto social, en todo caso, una actividad mercantil, industrial o de prestación de servicios. El criterio general del C.Com. para delimitar su ámbito de aplicación sigue siendo, también aquí, el de la actividad desarrollada (son *empresarios por razón del objeto*). En el caso de otras formas sociales actualmente no reguladas en el C.Com. (S.A., S.L., A.I.E.), en cambio, su regulación específica (contenida hoy en leyes especiales) les atribuye expresamente la cualidad de comerciantes/empresarios *con independencia de la naturaleza, mercantil o no, de la actividad* que desarrollen. Por tanto, estas sociedades tienen el carácter de *empresarios por razón de la forma*, lo que significa que están sujetas al Derecho mercantil en todo caso, incluso aunque su objeto no sea una actividad comercial.

2. Concepción objetiva del Derecho mercantil: los llamados “actos de comercio”

De acuerdo con el artículo 2 C.Com., “*serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de análoga naturaleza*”.

Al margen de esta referencia, el C.Com. no define expresamente qué debe entenderse por acto de comercio. Únicamente precisa que a tales actos se les aplica su regulación “*sean o no comerciantes los que los ejecuten*”. Esta situación, sólo explicable atendiendo a razones de tipo histórico relacionadas con la época en que se produjo la codificación mercantil, hace que no resulte fácil determinar qué tipo de actos deben ser considerados como “de comercio” y, en consecuencia, están sometidos a las normas propias del Derecho mercantil.

Del examen del conjunto de la regulación del C.Com. solo queda claro que se consideran actos de comercio, principalmente, los *contratos mercantiles* (sociedad o “compañía” mercantil, comisión, depósito mercantil, préstamo mercantil, compraventa mercantil, etc.). Por otra parte, hay determinadas actividades económicas que el C.Com. ha querido excluir de su ámbito de aplicación (no son *comercio*, según el Código), probablemente por considerarlas no lucrativas sino de mera subsistencia para quienes las realizan: agricultura, ganadería, artesanía, actividades extractivas como la pesca o la minería, etc. (cfr. art. 326 C.Com.). Igualmente, han permanecido ajenos tradicionalmente al Derecho mercantil los profesionales liberales.

Autora: Mercedes Sánchez Ruiz
Profesora Titular de Derecho Mercantil

3. Concepto de Derecho mercantil

Hoy en día, el Derecho mercantil puede ser definido como el *Derecho privado especial del empresario y de la actividad empresarial* (no solo comercial, sino también industrial y de servicios). Regula, primordialmente, los aspectos *jurídico-privados* de dicha actividad (relaciones entre particulares, en las que al menos uno de ellos es empresario, excluidas las de carácter laboral derivadas de los contratos de trabajo celebrados por el empresario y sus trabajadores, que se rigen por el Derecho del trabajo). Otras disciplinas jurídicas (como el Derecho financiero, administrativo o penal), por su parte, ordenan los aspectos jurídico-públicos de la actividad empresarial (relaciones del empresario con Administraciones y entes públicos). Por otra parte, es Derecho privado *especial* respecto al Derecho privado *general* o común: el Derecho civil.

II. CONTENIDO DEL DERECHO MERCANTIL.

El contenido del Derecho mercantil viene conformado por una serie de conjuntos normativos autónomos, referidos a materias diversas relacionadas con el empresario y/o su actividad típica. Describimos brevemente a continuación los principales *sectores normativos* que se incluyen hoy día en la rama del Ordenamiento jurídico denominada *Derecho mercantil*.

1º. *Estatuto jurídico del empresario*. Es un conjunto de normas que regulan ciertos deberes y reglas especiales que se aplican a los empresarios por su condición de tales.

2º. *Derecho de sociedades*. Establece unas reglas generales relativas a cualquier clase de sociedad (teoría general) y estudia el régimen jurídico aplicable a los distintos tipos de sociedades mercantiles (empresarios sociales).

3º. *Derecho de la competencia*. Este sector normativo regula y protege el escenario típico de la actividad empresarial (el mercado), estableciendo unas normas generales de actuación que han de respetar quienes intervienen en el mercado ofreciendo bienes o servicios a terceros. Comprende el Derecho de Defensa de la competencia (que tutela la libre concurrencia de los operadores económicos en el mercado) y el Derecho de la competencia desleal (que les impone unas reglas básicas de comportamiento), incluyendo en este último el Derecho de la publicidad comercial.

4º. *Derecho de la propiedad industrial*. Estudia el régimen jurídico de determinados derechos de explotación exclusiva sobre signos distintivos (marca, nombre comercial) y sobre creaciones, descubrimientos o inventos susceptibles de aplicación industrial (patente, modelo de utilidad, obtención vegetal) o que confieren una forma o apariencia peculiar a un producto, favoreciendo su comercialización

Autora: Mercedes Sánchez Ruiz
Profesora Titular de Derecho Mercantil

(diseño). Estas figuras son empleadas en el tráfico mercantil para lograr una identidad propia que ayude a distinguirse a los empresarios y sus productos o para incentivar y rentabilizar las inversiones realizadas en investigación, desarrollo e innovación.

5º. *Derecho cambiario* (letra de cambio, cheque, pagaré). Regula una particular clase de títulos valores: los títulos de crédito. Se trata de documentos que incorporan un derecho de crédito dinerario, facilitando al poseedor el ejercicio y la transmisión del derecho incorporado al correspondiente título.

6º. *Derecho de los contratos mercantiles*. Regula una serie de figuras contractuales propias del tráfico empresarial: contratos de compraventa mercantil, de comisión, de agencia, de distribución, de transporte, etc.

7º. *Derecho del mercado financiero*. Regula los sujetos y la actividad típica de quienes actúan de manera profesional en este mercado especializado. Incluye tres subsectores: el Derecho del mercado *de valores* (y de las empresas de servicios de inversión), el Derecho del mercado *de seguros* (y de las entidades aseguradoras) y el Derecho del mercado *del crédito o el dinero* (y de las entidades de crédito).

8º. *Derecho concursal*. Disciplina los aspectos sustantivos del procedimiento judicial y, en general, las reglas especiales aplicables a un sujeto (empresario o no) cuando se encuentra en estado de insolvencia o en una situación de crisis económica próxima a la insolvencia (instituciones “preconcursoales”).

9º. *Derecho marítimo*. Establece un régimen especial para la actividad comercial marítima y los sujetos que profesionalmente participan en ella.

III. FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL. ESPECIALIDADES

Las “fuentes formales” del Derecho son las diversas formas o medios a través de las cuales se establecen normas jurídicas (ley, costumbre...). Las “fuentes materiales” son los poderes, organismos o fuerzas sociales con capacidad para crear normas (el Estado, las CC.AA...). Nos ocupamos aquí del estudio de las fuentes formales del Derecho mercantil.

El artículo 1.1. C.C. establece el sistema general de fuentes del ordenamiento jurídico español.

Art. 1.1 C.C. “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (...)”.

El artículo 2 C.Com., por su parte, refiriéndose a lo que el legislador llama “*actos de comercio*”, establece algunas especialidades en relación con el orden de prelación de fuentes en el ámbito del Derecho mercantil.

Art. 2 C.Com. “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*

Autora: Mercedes Sánchez Ruiz
Profesora Titular de Derecho Mercantil

él; en su defecto, por los *usos del comercio* observados en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”.

De acuerdo con este precepto, por tanto, en materia de fuentes del Derecho mercantil debe tenerse en cuenta que a los *actos de comercio* se aplica, en primer lugar, la *ley mercantil* (C.Com. y leyes especiales que lo han ido complementando o sustituyendo); en segundo lugar, a falta de una ley mercantil, se aplican los *usos del comercio* de cada lugar y, por último, a falta de ambos, rige el *Derecho común o civil* (que, en realidad, funciona como *Derecho supletorio* de este, lo que pone de manifiesto la vinculación entre ambas ramas del Derecho privado).

En definitiva, en relación con el sistema general de fuentes previsto en el artículo 1.1. C.C., la especialidad que establece el artículo 2 C.Com. para los “actos de comercio” es que prevalecen los “usos mercantiles observados en cada plaza” sobre la ley común o civil. Conviene precisar, no obstante, que esta primacía de la costumbre mercantil sobre las leyes civiles se refiere exclusivamente a las normas *de carácter dispositivo*, y no se produciría en el caso de *normas civiles imperativas* (cfr., al respecto, el art. 50 C.Com.).

IV. LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO MERCANTIL

1. Derecho mercantil de la Unión europea

El Derecho de la Unión Europea *originario* está conformado por los *Tratados constitutivos de las Comunidades europeas* (y sus modificaciones posteriores) a los que se adhirió España tras su integración en la Comunidad Económica Europea (actual Unión Europea) en 1985. En lo que se refiere al Derecho mercantil, tales Tratados regulan materias importantes como la libertad de circulación de mercancías, la libertad de establecimiento o la política de competencia.

En cuanto al Derecho europeo *derivado*, emanado de los órganos e instituciones europeas con competencia legislativa, existen diversos *Reglamentos* que unifican la regulación sobre determinadas materias jurídico-mercantiles para todo el territorio de la Unión Europea (p.ej., en el ámbito del Derecho de la competencia, el Reglamento comunitario de concentraciones⁵ o, en el ámbito societario, los que regulan distintas formas de sociedad de dimensión europea: la AEIE [*Agrupación Europea de Interés Económico*], la SE [*Sociedad anónima Europea*] o la SCE

⁵ Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

Autora: Mercedes Sánchez Ruiz
Profesora Titular de Derecho Mercantil

[*Sociedad Cooperativa Europea*)]⁶. Sin embargo, en el ámbito del Derecho mercantil, el Derecho de la Unión Europea emplea preferentemente las *Directivas* como instrumento de armonización de las legislaciones de los Estados miembros (p.ej., en materia de Derecho de sociedades de capital⁷; mercado financiero⁸, etcétera).

2. Legislación mercantil estatal

A) Referencia a la Constitución española de 1978

La *Constitución*, en cuanto norma básica del Estado, contiene los principios, derechos y deberes fundamentales en materia económica (la llamada “*Constitución económica*”). Entre ellos, destacan especialmente, en cuanto presupuestos para la existencia del Derecho mercantil, el *derecho a la propiedad privada* y, sobre todo, la *libertad de iniciativa en materia económica o libertad de empresa*, ya sea ejercitada individualmente o en asociación con otros (arts. 33.1, 38 y 22 CE), en el marco de un sistema de economía de mercado abierta y de libre competencia. Al mismo tiempo, en la Constitución española se encomienda a los poderes públicos que garanticen la *defensa de los intereses de los consumidores y usuarios* (art. 51 CE) y se establece que “*la ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios*” (art. 52 CE).

B) El Código de Comercio (R.D. de 22 de agosto de 1885)

Tradicionalmente, la ley mercantil por excelencia ha venido siendo el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885. En la actualidad, sin embargo, no conserva la trascendencia que tuvo históricamente. Esta pérdida de importancia del Código responde a la falta de actualización de sus normas (que, en muchos casos, resultan arcaicas) y a que ha sido vaciado de contenido en gran medida, puesto que materias que originariamente eran reguladas por el C.Com. fueron extraídas de este para ser incorporadas a leyes especiales (p.ej., *leyes de sociedades anónimas* de 1951 y 1989,

⁶ Reglamento (CEE) nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE); Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE); Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).

⁷ Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada).

⁸ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros. En este sector normativo, no obstante, se han utilizado los dos tipos de instrumentos normativos, de forma coordinada: la citada Directiva y el Reglamento (UE) nº 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros.

Autora: Mercedes Sánchez Ruiz
Profesora Titular de Derecho Mercantil

hoy derogadas; *Ley del contrato de seguro de 1980; Ley cambiaria y del cheque de 1985; Ley concursal de 2003; Ley de navegación marítima de 2014*).

No obstante, el Código sigue estando vigente, a pesar de que la terminología que utiliza en muchos casos ha quedado arcaica y de que ha perdido el significado “codificador” que tuvo en su origen. Actualmente, se regulan en el Código de comercio el estatuto jurídico del empresario y las sociedades mercantiles personalistas, así como algunos de los contratos mercantiles clásicos: compraventa mercantil, depósito mercantil, préstamo mercantil, comisión, etc.

C) *Leyes mercantiles especiales*

Las necesidades sobrevenidas de regulación que han ido surgiendo desde la promulgación del C.Com. se han atendido, preferentemente, mediante leyes mercantiles especiales, en lugar de ir modificando el C.Com. para introducir en su articulado la nueva materia regulada (*p.ej., leyes de defensa de la competencia de 1989 y 2007; Ley de competencia desleal de 1991; leyes de patentes de 1986 y 2015*).

Las leyes especiales, que regulan monográficamente una determinada materia, configuran actualmente el principal cuerpo de legislación mercantil, pues con ellas se ha producido el desarrollo y actualización normativa del Derecho mercantil, en detrimento del C.Com. (*además de las ya citadas, vid., p.ej., la Ley de Sociedades de Capital de 2010 o la Ley de sociedades laborales y participadas de 2015*). Este fenómeno se ha denominado “descodificación del Derecho mercantil”.

Conviene tener en cuenta, no obstante, que el proceso de progresivo vaciamiento del Código de comercio podría invertirse en el futuro si prosperan los intentos de reforma realizados hasta ahora. En concreto, cabe mencionar la *Propuesta de Código Mercantil* elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (junio de 2013), así como el *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*. Este último texto fue aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 pero no llegó a tramitarse en el Parlamento. Con estas iniciativas legislativas se pretendía realizar una “recodificación” de la disciplina, integrando nuevamente en el Código el cuerpo sustancial de la materia mercantil (salvo algunos sectores, como el Derecho concursal o el Derecho marítimo, que permanecerían regulados en sus respectivas leyes especiales).

V. **USOS DE COMERCIO Y DERECHO COMÚN.**

Los usos del comercio fueron la fuente principal de creación del Derecho mercantil histórico, si bien hoy su importancia es más modesta.

Autora: Mercedes Sánchez Ruiz
Profesora Titular de Derecho Mercantil

Se entiende por usos mercantiles o usos del comercio “*aquellas normas de Derecho objetivo creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de una práctica o conducta determinada de los comerciantes en sus negocios*” (FDEZ. DE LA GÁNDARA). Los usos equivalen a la costumbre (fuente general del Derecho). Por tanto, para que exista un “uso mercantil” se requiere una práctica continuada realizada por el empresario con la convicción social de su obligatoriedad, no pudiendo ser contraria a las leyes, la moral o el orden público.

La mayoría de los usos mercantiles tienen *origen contractual*, y se crean por la repetición de determinadas cláusulas en los contratos celebrados por los empresarios, que acaban convirtiéndose en “cláusulas de estilo” y finalmente se consideran obligatorias incluso aunque no se pacten expresamente (p.ej., usos bancarios). Otras veces los usos nacen fuera de las relaciones contractuales, con la adecuación consciente y reiterada de la actividad empresarial a determinados modelos de conducta social (p.ej., usos contables).

El Derecho civil o común cumple, respecto al Derecho mercantil, una doble función. En algunas materias contribuye a la *integración* de la legislación mercantil (p.ej., en relación con los presupuestos esenciales de los contratos mercantiles, ex art. 50 C.Com.). Con carácter general, en cambio, desarrolla una *función supletoria*, aplicándose en defecto de leyes y usos mercantiles.

Art. 50 C.Com. “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 o en las Leyes especiales, *por las reglas generales del Derecho común*”.