

LECCIÓN 1 CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL

1. EL DCHO MERCANTIL COMO CATEGORÍA HISTÓRICA.

1.1 La historicidad y relatividad del Derecho Mercantil

Se afirma que el derecho mercantil es una categoría histórica, por dos razones:

1º) porque no ha existido siempre como un derecho especial del derecho civil sino que esa división surge en un momento histórico, en la Alta Edad Media.

2º) porque su contenido no ha sido siempre el mismo. Su evolución hasta alcanzar su actual contenido ha dependido de los factores económicos y sociales de cada momento, de ahí su relatividad.

Por ello se afirma que su separación del Derecho Civil no es un hecho permanente [GARRRIGUES]

1.2. Nacimiento del Derecho Mercantil como Derecho especial

Pese a que en la antigua Roma existe una importante actividad económica, el derecho entonces existente, Ius Civile, fue suficiente para dar respuesta a las exigencias del mercado, por dos razones:

1º Porque el ius civile tenía una gran capacidad de acomodación a las nuevas exigencias.

2º Por la existencia de la figura del PRETOR como sujeto encargado de adaptar el Ius Civile a las necesidades de cada momento.

1.2.2 Nacimiento del DM en la Alta Edad Media

En la alta Edad Media surgió el Derecho Mercantil como un Derecho autónomo y especial separado del Derecho Civil. Dos factores claves explican su nacimiento.

* El papel que desempeñaron los gremios de mercaderes

* El papel de las Ordenanzas de los Municipios.

A). El papel de los Gremios o Corporaciones de Mercaderes:.

Estos gremios se regían por unos estatutos que contenían prácticas mercantiles, es decir, recogían los usos mercantiles existentes en cada gremio.

Por otra parte estos gremios propiciaron la creación de unos tribunales consulares, esto es, de mercaderes que resolvían las cuestiones suscitadas entre los propios mercaderes conforme a los estatutos del gremio. Las evoluciones de estos tribunales consulares se basaban en las costumbres imperantes entre los mercaderes, y fueron recogidas en textos de manera que esas costumbres pasaron a incorporarse al papel escrito.

(Ej. **Libro del Consulado del Mar**, s. XIII, en el que se recogen las resoluciones de ese tribunal es donde se reflejan los usos marítimos del mediterráneo.)

B).El Papel de las Ordenanzas o estatutos de las Ciudades:

Esa incipiente economía urbana también se regulaba en los estatutos de algunas ciudades. Las ordenanzas de numerosos municipios contenían disposiciones reguladoras del comercio, destacan las ordenanzas de las ciudades Italianas, y en España el **Código de las Costumbres de Tortosa**.

Todos estos factores hacen surgir el Derecho Mercantil como un Derecho autónomo y separado del Derecho Civil, con unas notas características:

- Nació con un carácter consuetudinario
- Nace con un carácter gremial . Derecho creado por los propios comerciantes (Las costumbres imperantes entre ellos), destinado a resolver conflictos originados solo entre comerciantes.

1.3. Evolución del Dº Mercantil como Dº especial

Este carácter personal, consuetudinario del Derecho Mercantil se mantuvo hasta S. XIX, cuándo las ideas liberales propias de la revolución Francesa, hicieron que:

- Se proclamará la libertad para el ejercicio del comercio, a partir de entonces no era necesario inscribirse en ningún gremio para ser comerciante.

Estas ideas liberales hicieron que se acabara con el monopolio de los Gremios y que se pusiera interés en hacer desaparecer cualquier derecho de clase.

En los códigos europeos se presentaba al Dº Mercantil como un derecho que regulaba los llamados actos de comercio ,con independencia de que quien los realizara fuera o no comerciante.

Esta concepción recogida en el Código de Comercio Francés de 1807 pasó a nuestro CC de 1885.

Sin embargo este sistema objetivo quedó sujeto a numerosas críticas, la principal reside en que no existe un concepto de acto de comercio en el propio código , de tal manera que en ocasiones no tenía mas remedio que volver al concepto subjetivo de Derecho Mercantil, indicando que un acto sería de comercio si lo ejecutaba un comerciante.

Esto ha hecho que se opte formalmente por un criterio mixto en el que se retoma la concepción Subjetiva o Profesional del Derecho Mercantil, pero se le añade la nueva concepción del Derecho Mercantil como derecho regulador de los Actos de Comercio. Así ocurre en el Código Alemán 1897 y el Código Italiano 1.942.

En la evolución del Derecho Mercantil se puede constatar la existencia de cuatro fenómenos:

1.3.1.La Generalización del contenido del Derecho Mercantil.

Consiste en que ciertas instituciones que eran exclusivas de los comerciantes pasan a ser utilizadas por personas no comerciantes. Ejemplo el cheque.

1.3.2. La reducción del ámbito del Derecho Mercantil.

Es consecuencia del fenómeno anterior. Si una institución se generaliza ya no tiene sentido de que siga formando parte del Derecho Especial se integraría en un Derecho Común, por lo que el ámbito del derecho

mercantil se reduce.

1.3.3. La Comercialización del D° civil (extensión o ampliación del ámbito D°Mc

Es el fenómeno inverso al anterior. Consiste en extender el derecho mercantil a sujetos, bienes y actividades que inicialmente se sometían al Derecho Civil. Así ocurre :

* en cuanto a los SUJETOS. El derecho mercantil se dirigía a los empresarios, comerciantes y sociedades mercantiles, mas tarde también se extiende a los fundaciones, a las empresas mutualistas, sociedades cooperativas etc.

* en cuanto a los BIENES: Se dirigía a los bienes materiales, mercancías, locales de negocio, mas tarde también se ha extendido a bienes inmateriales . (Ej. Marcas.)

* en cuanto a las ACTIVIDADES: Solo se dirigía a la actividad comercial, mas tarde también se aplica a las actividades industriales, agrícolas y también incluso a las profesiones liberales (Ej. Derecho de la competencia.)

1.3.4. La Unificación del derecho privado.

Sería la fase inicial del fenómeno anterior. Si el Derecho Mercantil se generaliza a los nos comerciantes y el Derecho Civil se comercializa es posible que llegue a desaparecer la diferencia que existe entre el Derecho Especial y el Derecho Común. Así ocurre por ejemplo en Suiza donde existe un sólo código de obligaciones (1881) o en Italia con el Código Civil de 1942.

2. CONCEPCIONES MATERIALES DEL DERECHO MERCANTIL

2.1 El método de la atenta observación de la realidad.

Las concepciones formal – positivistas del Derecho Mercantil (basadas en un sistema objetivo) no sirven par proporcionar un concepto de Derecho Mercantil). Por ello y dado que el Derecho Mercantil existe, la doctrina ha optado por observar con atención la realidad económica que exige que exista el D° Mc , ya no se trata de averiguar que regula el D° Mc sino porque lo regula.

2.2 Diferentes concepciones.

Responden a este método dos concepciones:

2.2.1. Derecho Mercantil como derecho de los actos jcos realizados en masa.

Esta concepción la defiende HECK en un artículo titulado . Porque existe un Derecho Privado Mercantil separado del Derecho Civil. Heck concluía que lo que exigía un D° especial era que esos contratos se realizaban en masa de una manera reiterada. El D° civil no era suficientemente ágil.

La razón de ser no está en la entidad del acto sino en la cantidad.

2.2.2 El Derecho Mercantil como Derecho de la Empresa.

Algunos autores entienden que aunque el tráfico mercantil es un tráfico en masa, lo importante es que este requiere la previa existencia de una empresa que lo realice.

Para estos autores WIELAN, el Derecho Mercantil es un derecho regulador:

de los empresarios (concepción subjetiva) y de sus actos siempre que estén vinculados con la empresa como organización. (concepción objetiva).

La mayoría de la doctrina española sigue esta doctrina, como Polo Diez, pero matizando que el Derecho Mercantil no regula todos los aspectos de la empresa. ejemplo la contratación mercantil.

El Derecho Italiano si recoge expresamente esta concepción al definir al empresario como aquel que ejerce una actividad económica organizada.

3. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO MERCANTIL ACTUAL.

3.1. El derecho mercantil presente en nuestro código de comercio.

Nuestro código de comercio, 1885, se inspiró en un concepto objetivo del Derecho Mercantil siguiendo al código de comercio Francés de 1807. En concreto el art. 2 del CComercio señala. ***los actos de comercio sean o no comerciantes los que los ejecuten se regirán por las disposiciones de este código.***

Esa concepción objetiva, no es posible e incluso el Código en primer lugar en su art 1º comienza definiendo quien es comerciante en segundo lugar no define los actos de comercio sino que la mercantilidad de la mayoría de los contratos viene determinada por la intervención de un comerciante.

3.2. El Derecho mercantil presente en España.

El Derecho Mercantil actual gira en torno a la figura de la Empresa. Existe:

- un elemento subjetivo, el empresario en tanto es titular de la Empresa.
- un elemento objetivo, la actividad externa propia de los empresarios .

Esta afirmación requiere dos matices.

* En cuanto al elemento Subjetivo en PRIMER LUGAR existen titulares de empresas que sin embargo no poseen la calificación primera de empresario mercantil, en atención fundamentalmente, a la actividad económica que desarrollan . Agricultores, artesanos.

* En SEGUNDO LUGAR en otros casos son calificados como empresarios mercantiles algunos sujetos que no son titulares de empresa alguna. Es el caso de los llamados empresarios mercantiles solamente por la forma que adoptan: ejemplo las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada independientemente de cual sea el objeto a que se dediquen. Así lo declaran sus artículos 3 respectivamente de estas leyes.

* En cuanto al elemento OBJETIVO hay actividades que no son exclusivas de las empresas y que no implican una actividad empresarial, así ocurre con el cheque.

El autor VICENT CHULIÁ , describe al Derecho Mercantil en base a lo que él llama teoría de los ***círculos concéntricos***. En el núcleo central se encontraría la legislación mercantil aplicable solo al empresario mercantil, constituido fundamentalmente por el Derecho Mercantil codificado. A continuación estaría la regulación aplicable a las empresarios en general, tanto los civiles como los mercantiles . Por ejemplo derecho

de la contabilidad, y publicidad registral. Y por último estaría el Derecho Mercantil en sentido amplio, aplicable a todos los sujetos (empresarios mercantiles, civiles e incluso profesionales) que intervienen en el mercado económico, aquí se aplicaría el derecho de la competencia y el derecho industrial.

Por su parte el profesor BROSETTA, entiende que en el derecho mercantil existen tres elementos fundamentales.

1. El empresario mercantil.
2. La empresa
3. La actividad económica del empresario, realizada por medio de una empresa.

3.2.2. La llamada Disolución del Derecho Mercantil.

Algunos autores siguiendo a ASCARELLI mantienen que.

1. Dado que algunas instituciones del derecho mercantil se están generalizando (dejan de ser derecho especial)
2. Dado que algunas instituciones del derecho mercantil se están incluyendo en el derecho mercantil, comercialización del derecho mercantil.
3. Dado que es posible una unificación del derecho privado en algunos sectores.

Vistos estos tres factores es posible una disolución del derecho mercantil como derecho especial y autónomo. Al disolverse se crearían nuevas ramas del carácter autónomo como son por ejemplo.

- derecho de sociedades.
- derecho bancario y bursátil
- derecho concursal
- derecho de seguros.
- derecho de los títulos valores, etc.

Por contra otros autores aunque reconocen la utilidad de estas divisiones de cara a la especialización en el trabajo, entienden que el Derecho Mercantil sigue gozando de esencia propia y de unidad, así lo mantiene el profesor OLIVENCIA.

3.3 El Derecho mercantil y las tendencias hacia su unificación internacional. El D° Mc en la Unión Europea.

No existe un derecho mercantil independiente y con esencia propia se regule el comercio internacional (Derecho de comercio internacional como tal), esto hace que la mayoría de las ocasiones , las operaciones de comercio internacional deban de estar sometidas al Derecho Mercantil nacional aplicable en cada caso, lo que genera una gran inseguridad jca.

Para disminuir esta inseguridad se tiende hacia la unificación internacional del derecho mercantil. Para ello se han seguido distintos mecanismos. Dos principalmente:

*La llamada Nueva **Lex Mercatoria**.

*El llamado **Derecho Uniforme** del comercio internacional.

NUEVA LEX MERCATORIA: Se trata de un derecho de carácter contractual, y esta constituido por las condiciones generales, formularios y prácticas internacionales que se pueden emplear en el comercio internacional.

En esencia esta nueva Lex Mercatoria es continuadora del propio origen del derecho mercantil que residía en las prácticas de los comerciantes. Estas prácticas internacionales han sido recopiladas y en algunos casos son aplicadas por tribunales arbitrales constituidos al efecto. Sin embargo presenta dos grandes deficiencias:

* Tiene un carácter sectorial, solo existen en algunos sectores, y solamente tiene que ser completado, integrado con el derecho nacional.

* Apenas existen órganos internacionales arbitrales. El mas reconocido es el de la causa de comercio internacional, pero incluso ahí la aplicación forzosa del laudo arbitral corresponde a los tribunales nacionales.

DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Se trata de un derecho legislado que trata de evitar los conflictos entre las diferentes leyes estatales aplicables . Este Derecho Legislado puede articularse de dos maneras, dos fases:

En PRIMER LUGAR se utilizaban leyes modelos, se elaboraron unas leyes que sirvieron de modelos a las diferentes legislaciones nacionales consiguiendo así una uniformidad. El inconveniente de este sistema era que era preciso que los países hicieran cierta dejación de su soberanía en su legislación interna.

En SEGUNDO LUGAR se hizo a través de convenios internacionales aplicables solo al comercio internacional. En la elaboración de estos convenios tiene un papel destacado la llamada **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional. UNCITRAL**.

En el seno de esta comisión se han elaborado por ejemplo: el **Convenio de Viena** de 1980, en vigor en España desde 1-8-1991, el **Convenio Internacional sobre Transporte Marítimo**., Hamburgo 1978, el **Convenio Sobre Letras de Cambio Internacional y Pagarés Internacionales** 1988 N.Y.

EL DERECHO MERCANTIL EN LA UNIÓN EUROPEA.

La Unión Europea nació como un mercado común de ahí la importancia de suprimir cualquier tipo de obstáculo formal que pueda impedir la libre circulación de mercancías, personas..... etc.

Su objetivo ha sido informar el derecho mercantil de todos los estados miembros y para ello se utiliza tanto el derecho derivado como el derecho primario. Especialmente son muy abundantes las directivas comunitarias en materias de derecho de sociedades propiedad industrial, derecho de mercado.

LECCIÓN 2 FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

1. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO MERCANTIL

1.1 La distribución de competencias y el Dº. Mercantil

Nuestra C.E. se refiere expresamente a la legislación mercantil en el art. **149.1** indicando que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación mercantil.

En ese mismo artículo , no obstante, encontramos otras referencias a materias que también se pueden considerar mercantiles, como por ej. propiedad industrial, crédito, banca y seguros, planificación general de la actividad mercantil, (13), marina mercante (20), ferrocarriles y transportes terrestres (21).

Al amparo del artículo 149.3 cuando no existe reserva de materia todas las comunidades autónomas se han atribuido competencia sobre materias que también pueden considerarse mercantiles; así ocurre en primer lugar con las Cooperativas, en segundo lugar con las Mutualidades de Previsión social y finalmente con los consumidores y usuarios.

Sobre esta distribución de competencias tres consideraciones:

1º). El término legislación que se emplea en el 149.1 tiene que ser entendido en su acepción material y no formal.

2º). La expresión mercantil (149. 1. 6) ha sido entendida por el T.C. en el sentido de que se refiere sólo al Derecho Mercantil codificado, es decir solo se refiere a las normas de naturaleza privada que pueden encontrarse en derecho mercantil (no a las de naturaleza pública).

3º). En caso de que sobre una misma materia se proyecten mas de dos competencias. Ej. En materias de seguros art 149.1.6, 149.1.12 se refiere a las bases de la ordenación de los seguros, en esos casos debe seguirse una interpretación armónica que no excluya la aplicación de alguno de esos preceptos. En el caso de los seguros se ha entendido que la materia 6 se refiere al derecho privado y la 12 a derecho público.

La propia relatividad del concepto de Derecho Mercantil hace que la competencia sobre materias que hoy son mercantiles puedan cambiar en un futuro cuando dejen de serlo (o a la inversa).

1.2 Incidencia del sistema constitucional de distribución de competencias en el proceso de unificación del Dº privado

La unificación del Derecho Privado tiene como presupuesto lógico que exista un solo organismo competente para legislar sobre el derecho privado. Sin embargo esto no ocurre así con el Dº civil y el mercantil. Mientras en el DM corresponde exclusivamente al Estado, en el Dº civil es necesario respetar la existencia de derechos forales.

No obstante esa unificación entre el DM y el Dº civil se proyecta sobre todo en el régimen de las obligaciones.

El art 149.1.8ª de la CE reserva al Estado la competencia para establecer las bases de las obligaciones. En ese sector se podría conseguir una unificación aunque nunca sería absoluta porque esas bases pueden ser desarrolladas por las comunidades autónomas.

2. LA LEY MERCANTIL

2.1 El Código de Comercio

2.1.1 Formación y Estructura.

Formación. El primer Código de Comercio data 1829 y su autor fue Sainz de Andino. Con posterioridad 1882 existió un proyecto de Código de Comercio y finalmente en 1885 se promulgó el vigente Código de Comercio español (el 22. 8) que ha sufrido muchísimas reformas.

Estructura. Se estructura en 4 libros:

- 1º. Comerciantes y comercio en general (arts. 1 a 115)
- 2º. Contratos especiales del comercio (art. 116. 572)
- 3º. Comercio marítimo (arts. 573 – 869)
- 4º. Suspensión de pagos, quiebra y prescripciones (870 – 955)

2.1.2.Consideraciones críticas.

* Es un código anacrónico en algunos aspectos , anacronismo que se acentúa si pensamos en el hecho de que se limitó a reproducir el código de comercio de 1.829.

* Este código incluso no derogó algunas materias reguladas en código de comercio 1829, de modo que en algunas instituciones hay que acudir incluso a ese código. Eso ocurre básicamente en materia de pruebas. La LEC de 1881 se remitía expresamente algunos preceptos del Código Comercio de 1829.

*El código responde al sistema objetivo, es decir, pretende aplicarse a los actos de comercio con independencia de que quien los ejecute sea o no comerciante.

*La exposición de materias del código 1885 no es propia, sino que ha sido incorporada del proyecto de Código de Comercio de 1882 y ello a pesar de que en algunos aspectos se utiliza un criterio diferente.

2.2 LEGISLACIÓN MERCANTIL ESPECIAL.

El proceso de descodificación que se da en nuestro Derecho en general aparece acentuado particularmente en el Derecho Mercantil , .De esta forma la mayoría de la legislación mercantil no se contiene en el Código de Comercio sino en leyes especiales. Esto se acentuó a partir de la entrada de España en la Comunidad Europea porque la mayoría de directivas comunitarias se han traspuesto por medio de leyes especiales.

• Bloque de Derecho de Sociedades.

- Ley de Sociedades Anónimas 1989.
- Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 1995
- Ley General de Cooperativas de 1987 (sobre esta ley existe legislación autonómica.)
- Ley de Sociedades Laborales 1997.
- Ley de Sociedades de Garantías Recíprocas 1994.
- Ley de Agrupaciones de Interés Económico 1991.

2. Bloque de derecho industrial.

– Ley de Patentes 1986.

–Ley de Marcas de 1988.

• Bloque de competencia.

– Ley de la Competencia 1989.

–Ley de Competencia Desleal 1991.

4. Ley Cambiaria y del Cheque de 1985

3. LOS USOS DE COMERCIO

3.1 Significación de los usos en Derecho Mercantil. Organismos obligados a recopilar los usos de comercio

Los usos de comercio tienen una importante significación histórica. El Derecho Mercantil nació con un carácter profesional y consuetudinario. Su origen se encuentra en la recopilación de usos de comercio y costumbres propias de los comerciantes que en la alta Edad Media hicieron los gremios de mercaderes y que fueron aplicados por los tribunales consulares.

En la actualidad sin embargo su significación es menor ya que todos los sectores económicos están dotados de su correspondiente legislación mercantil de modo que apenas se aplican los usos de comercio.

No obstante, aún en la actualidad la ley obliga a determinados organismos a recopilar los usos de comercio imperantes en el ámbito de su actuación .

P. Ej. *Consejo Superior de las Cámaras de Comercio.*

Asociación Española de la Banca Privada.

3.2 Naturaleza Jurídica: Argumentos a favor de su carácter de norma objetiva y eficacia del uso de comercio

La exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio 1882, no les otorga el carácter de norma objetiva. (usos no como derecho consuetudinario sino como reglas para resolver determinados casos. Usos interpretativos, no como usos normativos).

Sin embargo el Código de Comercio vigente cambió de criterio y si admite a los usos como usos normativos, es decir, como normas.

En concreto el artículo 2º contiene la enumeración y jerarquía de las fuentes del Derecho Mercantil, refiriéndose en primer lugar al Código de Comercio y en 2º lugar, en su defecto a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza.

El uso de comercio equivale a la costumbre civil a que se refiere el artículo 1.3 del Código Civil.

Eficacia de los usos frente a las normas objetivas:

Respecto a la ley mercantil . Sólo rigen en defecto de ley mercantil ya sea de norma imperativa o dispositiva.

Respecto al Derecho Común. Este artículo 2º del C.Co. tras referirse a los usos de comercio añade : Y a falta de ambas reglas por las del Derecho Común. Por tanto ,los usos de comercio tienen preferencia ante el derecho común.

Esta preferencia se da tanto frente a las normas imperativas como a las dispositivas no frente a las normas que contengan disposiciones de orden público (art. 1.3. C. C.).

3.3 Requisitos del uso de comercio. Fases en la formación del uso de comercio.

1º. Es preciso que consista en una práctica duradera y general.

2º. Esta práctica duradera tiene que haber creado la conciencia general de que es obligatoria. *Opinio Iuris*.

3º. El uso no puede ser contrario a la Ley , la Moral o al Orden Público. (art. 1.3. CC).

4º. Es necesario que se observe en la localidad en cuestión. Los usos mercantiles son usos locales lo que no impide que algunos usos tengan un ámbito mayor al local.

En correspondencia con estos requisitos es necesario que se cumplan también algunas **fases en la formación del uso**:

* repetición en los contratos de una misma cláusula.

* a fuerza de repetirse esta cláusula se sobreentiende incluso aunque no se hayan establecido. (uso interpretativo)

* El uso se convierte en norma objetiva cuando no solo se practica de un modo general sino que en la sociedad llega a existir una convicción sobre su obligatoriedad. En ese caso, se aplica aunque ninguna de las partes conozca la existencia del uso.

• Clasificación de los usos.

3.4.1 Usos jurídicos y Usos de hecho

USOS JURÍDICOS son derecho consuetudinario.

USOS DE HECHO no cumplen todos los requisitos exigidos por lo que son meras prácticas.

3.4.2 Usos interpretativos y Usos normativos.

Distinción.

USOS NORMATIVOS. Son normas de derecho objetivo sobre derecho consuetudinario y se impone a la voluntad de las partes , salvo que estas las excluyan expresamente.

USOS INTERPRETATIVOS. No son normas y su finalidad es la integrar e interpretar la voluntad de las

partes. A estas se refiere la exposición de motivos del proyecto de 1882 y también el artículo 1.3 CC.

TESIS DE URÍA. Dice que tanto los usos normativos como los interpretativos tienen el carácter de norma, si bien en algunos casos la finalidad será de la de interpretar la voluntad de las partes.

Se basa en el artículo 59 C.CO Si se originan dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el art. 2 del C.CO se decidirá la cuestión a favor del deudor..

Ese art 2 se refiere a los usos de comercio como fuente del Derecho Mercantil, por lo que el propio código admite que el uso de comercio de carácter normativo tenga la función de interpretar.

3.5.La prueba y alegación del uso de comercio.

3.6. Necesidad de aprobar y alegar el uso de comercio.

3.6.1 regla general: art 1.3 Cc

El art. 1.3 CC exige que la costumbre resulte probada, de ahí que la mayoría de la doctrina y el T.S. exija que los usos de comercio también resulten probados. Aunque algunos autores entiendan que el uso de comercio no necesita ser probado ante los tribunales por el *pº in iura novit curia los tribunales deben conocer todo el dº*.

Además en el ámbito mercantil, donde los usos tienen un carácter local, es razonable que sean probados.

3.6.2.Excepciones : El uso notorio.

La Jurisprudencia entiende que el uso que sea notoriamente conocido no debe ser probado. Por ejemplo: el ingreso de una cantidad en la cuenta de otra persona suele tener como objeto pagar una deuda.

El profesor BROSETTA sostiene que los usos de comercio que no aparezcan mencionados en el art. 1.3 CC. no tienen que ser probados, sino que los jueces tienen que conocerlos.

3.7. Los medios de prueba

Los usos se pueden demostrar con cualquiera de los medios de prueba admitidos en nuestro Derecho. Son especialmente útiles las recopilaciones de los órganos encargados de ello, dictámenes de las cámaras de comercio, agrarias, dictámenes de expertos etc.

4. EL DERECHO COMÚN Y LA MATERIA MERCANTIL

4.1 estudio del art 2 del C. de c.

4.1.1 Ámbito de aplicación y contenido: La jerarquía de fuentes del Dº Mc.

El art 2.1 CCO contiene la relación jerárquica de fuentes del Dº Mercantil.

1º) El Código de comercio (entendido como toda la legislación mercantil en general y también la esencial, no solo la del código.)

2º) Los usos de comercio observados en cada plaza

3º) Y a falta de ambas reglas, el derecho común.

- **El término Derecho común.**

a) Situación anterior a la reforma del CC.

En esta situación por derecho común había que entender tanto el C. Civil como los distintos derechos forales (T.S: 28 – Junio 1968)

b) Situación tras la reforma del CC: el art 443 CC.

El 31 de Mayo de 1974 se modificó el título preliminar del CC. proclamando el carácter del derecho común que posee en el C. C. art 4.3 las disposiciones de este código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.

Además el art. 14.1 CC contrapone el derecho civil común al derecho civil especial o foral por tanto el derecho común solo se refiere al CC.

4.1.3. Sobre el carácter de la aplicación del derecho común

Nos planteamos si el derecho común es fuente del derecho mercantil, la mayoría de la doctrina entiende que no, que el derecho común se aplicará a la materia mercantil no como fuente del derecho mercantil, sino porque ante la insuficiencia del derecho especial habrá que acudir al derecho común.

- **Estudio del art 50 del Código de comercio.**

4.2.1. contenido: la omisión del uso de comercio

El art. 50 Código de Comercio. Enumera las reglas aplicables a los contratos mercantiles. Los contratos mercantiles en todo lo relativo a:

sus requisitos, interpretación, extinción , capacidad de los contratantes. Se regirán por:

1º. Por el CCO o por las leyes especiales.

2º. Por las reglas generales del derecho común.

4.2.2. Posibles interpretaciones

Este artículo 50 no menciona a los usos de comercio y al respecto existen dos posibles interpretaciones.

Unos autores (BROSETTA GARRIGUES URIA) entienden que el artículo 50 es una excepción del art 2 del CCO. En esas materias se da preferencia al derecho común frente a los usos de comercio.

Otros autores (OLIVENCIA ,VICENT CHULIA) entienden que no estamos ante una excepción al artículo 2 CCO sin que sea necesario hacer una interpretación armónica. En concreto mantienen que el artículo 50 renuncia al derecho común con un carácter integrador y no como fuente subsidiaria en defecto de la ley mercantil. El profesor OLIVENCIA dice que en esas materias también los usos mercantiles deben aplicarse.

5. OTRAS PRETENDIDAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL.

5.1. La jurisprudencia mercantil; el art 1.6 CC

No es fuente del derecho, pero complementa el ordenamiento. No existe una jurisprudencia mercantil especial separada de la jurisprudencia civil, ya que ésta también se ocupa de ambas. La jurisprudencia mercantil emana del TS (sala 1ª) al igual que la del Dº civil.

5.2. Las condiciones generales de la contratación y del contrato

5.2.1. Clases.

Se pueden distinguir varias leyes.

- a) Las condiciones generales de la contratación.
- b) Las condiciones generales del contrato.
- c) Los contratos tipo impuestos por la ley.

5.2.2. Su posible carácter como norma de Derecho objetivo

La ley nos da un concepto de las condiciones generales (ley general de contratación 1998) indicando que :

1º. Son aquellas cláusulas predispuestas.

2º. Que su incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes.

3º. Que hayan sido redactadas con la finalidad de que sean incorporadas a una pluralidad de contratos.

Normalmente estas son elaboradas por las propias asociaciones empresariales que las distribuyen entre sus asociados.

Son contratos cuyas condiciones generales aparecen impuestas por una ley con carácter obligatorio. Estas condiciones generales tienen una normativa legal no contractual.

Aunque en ocasiones se pretenda que las condiciones generales de la contratación son fuentes del derecho mercantil en tanto que pueden constituir usos de comercio, hay que indicar que le faltan la mayoría de los requisitos propios de estos y que por tanto son meras prácticas comerciales y no usos de comercio (aunque pueden llegar a constituirse).

LECCIÓN 3 LA EMPRESA MERCANTIL

1. EL DERECHO Y LA EMPRESA.

1.1 Consideraciones generales. El Derecho mercantil y la Empresa

En nuestro derecho no existe un estatuto jurídico unitario de empresa, el régimen aplicable a la empresa aparece disperso en varios sectores .

El DM concede gran importancia a la Empresa de manera que ésta es el elemento que vertebra el DM , así en primer lugar de la Empresa el DM estudia lo siguiente:

1º El titular de la Empresa es el empresario y su estatuto jurídico.

2º La actividad externa de la Empresa, tanto en el orden contractual como en el orden competencial.

3º Se estudian los elementos básicos de una empresa por ejemplo el local de negocio, el nombre comercial, el rótulo del establecimiento etc.

4º se estudia también la empresa en si, es decir la organización productiva destinada a ser un instrumento de actividad empresarial.

El derecho mercantil y la Empresa. Cuando estudiamos el concepto de derecho mercantil vimos que algunos autores describen al derecho mercantil como el derecho de la empresa. El Derecho Mercantil regula el estatuto jurídico del titular de la empresa, la actividad externa de la empresa , contratos mercantiles etc, y en general la propia empresa como conjunto patrimonial organizado.

A este conjunto patrimonial organizado se refiere la doctrina con diversos términos. Unos autores utilizan la expresión Empresa en sentido estricto, (Prof. Vicent y yo) otros usan la expresión Negocio (Sánchez Calero) y otros la expresión de Establecimiento Mercantil (Jimenez Sánchez).La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión de 1954 hace referencia expresa a esta diversa terminología en su exposición de motivos.

En definitiva la empresa sirve para vertebrar el concepto de derecho mercantil.

1.La Empresa y la Constitución española.

Nuestra CE se refiere a la Empresa en tres preceptos:

1º) Art. 38 CE .Da dos ideas:

* Reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

*** Afirma que los poderes públicos garantizarán y protegerán el ejercicio de la actividad empresarial y defenderán la productividad de acuerdo a las exigencias de la economía en general.**

2º) art. 128. 2 CE. Reconoce la iniciativa pública en la actividad económica.

3º) art. 129.2 CE los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa.

Conforme a estos tres artículos la doctrina entiende que existe un modelo constitucional de Empresa, que sería:

1º. una empresa que posee libertad económica.

2º. Se trata de una organización económica productiva y eficiente.

3º. El titular de la empresa puede ser tanto un sujeto de naturaleza privada como de naturaleza pública.

4º. Se trata de una empresa en la que participan los trabajadores de diversas maneras, esa participación puede proyectarse tanto sobre la gestión de la Empresa como sobre el capital y los beneficios.

2. CONCEPTO DE EMPRESA.

2.1 Concepto económico de Empresa

Es una organización de capital de trabajo destinada a intervenir en el mercado con el fin de obtener ganancias, por tanto desde un punto de vista económico todas las empresas tienen como finalidad obtener beneficios, incluso aquellas cuyo titular sea calificado por la ley como sociedad sin ánimo de lucro. Ejemplo: Sociedad cooperativa.

2.2 Concepto jurídico de Empresa. Distintas concepciones

En nuestro derecho no existe una definición de empresa. La ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión se refiere a la hipoteca mercantil de establecimiento mercantil, entendiendo como tal lo que se denomina, empresa, negocio, hacienda.... la propia ley advierte que no pretende dar un concepto de empresa, sino solo de enunciar los elementos de la empresa que pueden ser hipotecados.

A) concepciones subjetivadoras. –

a) La empresa como personalidad jca.

Según esta teoría los elementos que componen una empresa están fusionados entre sí de tal manera que llegan a crear un nuevo sujeto, la empresa. Esta concepción responde al uso que se hace habitualmente, en tráfico mercantil del término Empresa.

Nuestro derecho no acoge esta concepción. Esta confunde el objeto que es la empresa con el sujeto que es el titular de la empresa, el empresario.

b) la empresa como centro autónomo de intereses propios y específicos.

No llega a conferir la empresa como una personalidad jurídica, entiende esta teoría que en ocasiones el derecho trata a las empresas como sujetos, como destinatarios de normas jurídicas. Así ocurre por ejemplo en derecho comunitario, derecho tributario. Responde a una concepción subjetiva. Nuestro derecho mercantil tampoco acoge esta teoría.

B) concepciones patrimoniales.

a) La empresa como patrimonio separado.

Esta teoría concibe a la empresa como un patrimonio autónomo, distinto y separado del patrimonio personal o civil que pueda tener el empresario.

Nuestro derecho no permite seguir esta teoría porque no se distinguen ambos patrimonios. Así por ejemplo:

* En cuanto a las deudas, se aplica el artículo 1.911 del CC y por tanto los empresarios responden de las deudas de su negocio tanto con su patrimonio empresarial como con su patrimonio personal.

* Así mismo en caso de que fallezca un empresario, los elementos que componen la empresa se confunden con resto del patrimonio del fallecido sin que por tanto reciba la empresa un trato jurídico diferenciado.

Esta no diferenciación se da incluso en los casos en que el titular de la empresa sea una persona física en la que sus socios posean el beneficio de la responsabilidad limitada [S.A. y S. de responsabilidad limitada] En esos casos la compañía puede poseer también patrimonio civil, junto al patrimonio empresarial.

b) La Empresa como Universalidad

Esta teoría concibe a la empresa como un conjunto de bienes y derechos que constituye un objeto jurídico indivisible, es una universalidad de cosas en el sentido de que reúne elementos que el ordenamiento considera en ciertos aspectos como una unidad funcional. Sin embargo lo cierto es que nuestro derecho positivo no concibe a la empresa así. Por ejemplo caso de compra venta de empresa este contrato no esta tipificado en nuestro derecho de modo que aunque las partes conciban a la empresa como una universalidad formalizando un solo contrato, en rigor la empresa no se transmite como un todo sino que sus elementos son transmitidos de una manera separada.

Por ejemplo el local se transmite con arreglo al CC escritura pública por inscribir en el R. Propiedad.

C) concepciones dinámicas. La empresa como actividad económica del empresario.

Según esta teoría hay que distinguir dos aspectos de la empresa:

Aspecto objetivo. Referido al conjunto de medios que utiliza el empresario en su actividad.(visión estática)

Aspecto subjetivo. Referido a la actividad misma del empresario.(visión dinámica)

Según esta teoría la empresa sería el propio ejercicio profesional de una actividad mercantil utilizando los medios que disponga cada empresario.

Esta teoría la sigue el profesor **URÍA** y se le pueden hacer críticas.

Se puede decir que la actividad crea la empresa, pero no es la empresa.

D) Concepciones espiritualistas o inmateriales. La empresa como organización.

Esta teoría parte de algunas consideraciones:

1º Una empresa es algo distinto a los elementos materiales que la componen, es evidente que en caso de que el edificio donde se sitúa una empresa se incendie y se destruya todo , no se destruye ésta.

2º El precio que se paga en una compra venta de empresa es superior al que resultaría de sumar el precio de cada uno de los elementos materiales de una empresa.

Hay algo en las empresas que es mas importante que los meros elementos materiales ese es en elemento inmaterial.

Según esta teoría la empresa es una creación inmaterial del Empresario que se traduce en la organización que le haya dado el empresario a los diferentes elementos personales, patrimoniales o inmateriales que forman parte de la empresa.

Esta concepción es la que sigue el TS (ejemplo STS 7 de marzo 1994) se refiere a la empresa mercantil como una unidad patrimonial integrada no solamente por determinados elementos singulares sino también por el elemento preponderante de la organización.

E) La actitud pesimista ante el intento de construcción de una noción jurídica unitaria de empresa . LA TEORÍA ATOMISTA

Dado que nuestro derecho no contiene un concepto jurídico de empresa, algunos autores han optado por

seguir el criterio adoptado por nuestra legislación que es tratar a la empresa como un conjunto de elementos separados.

Según estos autores la empresa es una simple pluralidad de elementos sin unidad jurídica. Los elementos que componen la empresa han de ser tratados de una manera individual, para lo que es necesario descomponer la empresa.

3. CLASES DE EMPRESAS.

Existen dos criterios para clasificar las Empresas:

*Atendiendo a la actividad a que se dedican.

*Atendiendo a su tamaño.

1.-Atendiendo a la actividad pueden ser:

Empresas mercantiles. Su objeto es mercantil

Empresas agrícolas. ídem

Empresas civiles. Ídem

Aunque el DM en sentido amplio incluyendo por ejemplo la Ley de defensa de la Competencia se aplica a todos los sujetos que intervengan en el mercado. El Dº Mc en sentido estricto (Código de Comercio) se aplica solo a la Empresa mercantil.

2.- Atendiendo al tamaño

La legislación mercantil atiende al tamaño de la Empresa en varias ocasiones:

–En 1er lugar la legislación societaria prevé unas especialidades en materia contable para las compañías que no rebasen determinados límites: nº trabajadores, socios etc., se habla así de balance abreviado etc.

–En 2º lugar las sociedades que no rebasen ciertos límites no están obligadas a disponer del llamado letrado asesor del órgano de administración.

–En 3er lugar existe una figura societaria específica llamada sociedad de garantía recíproca cuya finalidad es la de permitir que la pequeña y mediana empresa pueda respaldarse o garantizarse mutuamente para conseguir financiación de las entidades de crédito.