

DERECHO MERCANTIL

- CSB
- CVL
- CSC
- El origen y la evolución histórica del Derecho mercantil.
- El Derecho mercantil como categoría histórica.
- El Derecho mercantil anterior a la codificación.
- El *ius mercatorum* en la Baja Edad Media.
- El Derecho mercantil en la Edad Moderna.
- El Derecho mercantil en la codificación decimonónica.
- El Código de comercio francés de 1807 y la doctrina de los actos de comercio.
- La extensión del modelo objetivo en las codificaciones europeas.
- El Código de comercio español de 1829.
- El Código alemán de 1861.
- El Código de comercio italiano de 1882.
- El Código de comercio español de 1885.
- Nuevas posturas en las relaciones entre Derecho civil y mercantil.
- Las tesis historicistas a favor de la unificación del derecho privado.
- La generalización del Derecho mercantil y comercialización del Derecho civil.
- El retorno a la concepción subjetiva del Derecho mercantil.
- El Código de comercio alemán de 1897.
- La doctrina del tráfico en masa y la doctrina de la empresa.

A finales del s. XIX surgen estas dos teorías que tuvieron una importancia notable para dar un concepto de Derecho mercantil. En concreto, dos autores: *Heck* y *Karl Wieland*.

Estos autores cambian el enfoque del Derecho mercantil: así, en vez de darle un enfoque formal, le dan un enfoque material, es decir, se fijan en la materia que regula en Derecho mercantil.

- La doctrina del tráfico en masa: la tesis de Ph. Heck (1902).

Heck advierte que los sujetos civiles hacen actos o negocios jurídicos más bien de forma esporádica, negocios que, además, no son muy diferentes entre sí. En cambio constata que lo característico de los comerciantes es la realización una gran cantidad de negocios jurídicos, negocios jurídicos en masa. Será esa cantidad de negocios jurídicos la que necesitará de un tratamiento especial, que precisa de unas normas más ágiles y flexibles que el Derecho civil. Así, Heck concluye diciendo que el Derecho mercantil es el Derecho del tráfico jurídico en masa.

No obstante, los autores que se oponen a esta teoría, ponen de manifiesto la existencia de supuestos de contrataciones en masa fuera del Derecho mercantil, como, por ejemplo, los contratos de trabajo. Y, así mismo, que también existen operaciones mercantiles que se hacen de forma aislada.

- El Derecho mercantil como derecho especial por razón de las exigencias del tráfico económico de empresa: la tesis de *Wieland* (1921).

Wieland defendía que para la comprensión del Derecho mercantil dice que no basta con un estudio formal de los Códigos, sino que era necesario penetrar en la esencia de este Derecho y tratar de construir lo que *Wieland* denominaba un concepto sustancial del Derecho mercantil, es decir, el fundamento material del Derecho

mercantil. Para ello utilizará dos instrumentos: la Historia y el Derecho comparado y la Ciencia económica.

La cuestión radica, pues, en encontrar en la materia socio-económica ordenada por este Derecho, con el auxilio de la Ciencia económica, una referencia conceptual unitaria que explique el contenido histórico y actual del mismo, al tiempo que permita aprehenderlo como un sistema normativo orgánico.

A este respecto llamará *Wieland* la atención sobre un concepto, el de *Empresa*, que, a su juicio, apunta a un ámbito de la actividad económica coincidente con el campo del comercio en sentido amplio regulado en los Códigos de comercio.

Sobre estas bases llegará *Wieland* a la conclusión de que lo que fundamenta actualmente el Derecho mercantil como Derecho especial, al tiempo que explica su evolución histórica, son las exigencias suscitadas, en el plano normativo, por cierto ámbito de la actividad económica, el de la *Empresa*, como forma característica de actividad organizada que históricamente aparece en el campo del comercio, para más tarde extenderse a otros sectores de la vida económica, como la industria y el sector servicios.

La actividad de *Empresa* vendrá definida por *Wieland* como el *empleo de fuerzas económicas con el propósito de obtener una ganancia patrimonial indeterminada*. A pesar de las diferencias entre comercio e industria, ambas se basan en una forma de explotación capitalista, el empleo de capital y trabajo con riesgo de pérdidas y ganancias. El concepto de Empresa vendría a abarcar las dos modalidades económicas.

Pero no todos los autores llegan a identificar el Derecho mercantil con el Derecho de la empresa. Así, postulan que no todos los aspectos relativos a la *Empresa* interesan al Derecho mercantil, como las relaciones entre empresario y los trabajadores, que no pertenecen al Derecho mercantil sino al Derecho laboral. Y tampoco las relaciones entre la empresa y la Hacienda pública que pertenecen al Derecho fiscal.

Para salvar ese obstáculo, *Karl Schmidt* definirá el Derecho mercantil como el Derecho privado especial regulador de la actividad externa de la empresa. Esta tesis pasará posteriormente a Italia y a España.

- El concepto y las tendencias actuales del Derecho mercantil.
- El concepto de Derecho mercantil en el Derecho español.
- Los diferentes criterios delimitadores del Derecho mercantil.

El concepto de Derecho mercantil que nos da el Código de Comercio es que es el Derecho regulador de los actos de comercio, una categoría especial de actos.

Esta tesis ya ha sido superada y actualmente se mantiene que el Derecho mercantil es el Derecho de la empresa.

Nuevamente esta teoría es criticada y surgirán nuevas teorías que afirmarán que el Derecho mercantil es el Derecho del mercado. Pero esta tesis aún no se puede decir que esté consolidada.

- El Derecho mercantil como Derecho de los actos de comercio.

Para el Código, el Derecho mercantil no es un Derecho profesional (de unos sujetos), sino que es el Derecho de los actos de comercio (concepción objetiva). Esta concepción se fundamenta en la Exposición de motivos y en su **art. 2**:

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él...

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

Esta visión del Derecho mercantil tiene dos incongruencias en el propio Código:

- Por un lado hay numerosos artículos que mencionan a los comerciantes y que contienen normas que se aplican solamente a ellos. Por ejemplo, el art. 1, que define a los comerciantes; el art. 4, que habla de la capacidad para ser comerciante; el art. 16, que habla de los sujetos que pueden inscribirse en el Registro mercantil, citando a los empresarios; los arts. 25 y ss., que tratan del deber de contabilidad de los empresarios; y los arts. 874 y ss., que regulan la quiebra de los comerciantes.
 - Por otro lado, el Código de comercio no define los actos de comercio a pesar de que los quiere transformar en el centro del sistema. Con lo que para distinguir los contratos mercantiles de los civiles se hace depender expresamente de la intervención en ellos de un comerciante profesional. Así ocurre con el contrato de depósito mercantil (art. 303 Ccom) en contraposición con el civil; con el préstamo mercantil (art. 311 Ccom) y el civil; o con el contrato de transporte mercantil (349 Ccom) y civil.
- Así pues, el Código de comercio de 1885 es un código de tipo mixto, ni plenamente objetivo, ni tampoco subjetivo en sentido estricto.
 - El derecho mercantil como Derecho de la empresa.

Ante estas incongruencias del Código, en España se ha impuesto la tesis del Derecho mercantil como Derecho de la empresa (teoría de Wieland). Pero esta tesis choca con el tenor literal del Código de comercio. Para superar este choque se buscarán argumentos de Derecho positivo:

- En el art. 3 Cciv se recogen los criterios de interpretación de las normas jurídicas. Y una de ellas establece que las normas y el Derecho se han de interpretar según el contexto histórico en el que se apliquen. Gracias a ello podremos aplicar el Derecho mercantil a los comerciantes actuales: los empresarios.
- Aunque el Código de comercio hable de comercio y comerciantes, en algunos preceptos ya aparecen actividades que no son sólo comercio. Así podemos citar el art. 1, que menciona a las Compañías industriales; y los arts. 177 y ss. hablan de los bancos y de las Compañías de ferrocarriles.
- El Código ha sido reformado en multitud de ocasiones, y en alguna de las reformas recientes se han introducido ya los términos empresa y empresario. Así, la Ley 19/1989, de 25 de octubre, modificó el Código para adaptar el Derecho mercantil español al europeo, y, entre otras cuestiones, trata sobre el Registro mercantil e introduce la palabra empresario. También modificó la contabilidad *de los empresarios* (arts. 25 y ss.).
 - ♦ En realidad, lo correcto hubiera sido suprimir la palabra comerciante y sustituirla ya por la palabra empresario, pero esto no ocurrió así.

Esta es la teoría mayoritaria en nuestro país.

- ♦ El Derecho mercantil como Derecho del mercado.

El concepto empresa es muy difícil de definir porque tiene unos contornos muy difusos (agricultores, profesionales liberales...). Además, algunos hechos actuales llevan a cuestionar si la teoría de la empresa sigue siendo una teoría válida:

- ♦ Las leyes mercantiles tienen cada vez más normas administrativas (de Derecho público). Así, podemos citar la Ley 16/1989, de 19 de julio, de Defensa de la Competencia, que es fundamentalmente una ley administrativa (incluso el órgano que vigila de su cumplimiento, el Tribunal para la Defensa de la Competencia, es un órgano administrativo). También podemos citar la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que incluye

muchas normas de Derecho administrativo. Y la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre, que regula aspectos privados del transporte terrestre, pero también aspectos administrativos como el procedimiento de obtención de licencias.

- ◆ Están surgiendo leyes mercantiles que ya no se aplican únicamente a los empresarios, sino a cualquier sujeto que ofrezca bienes y servicios en el Mercado, aunque no sea empresario. Al respecto tenemos la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que se aplica también a los profesionales liberales.
- ◆ Cada vez más, la legislación mercantil regula el Mercado. La Ley de la Competencia Desleal, la Ley para la Defensa de la Competencia, y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista regulan en buena medida el Mercado, teniendo en cuenta a las empresas y también otros sujetos e intereses (consumidores, interés general, el buen funcionamiento de la economía...). Por ello, algunos autores defienden que la empresa ha dejado de ser el centro del Derecho mercantil pasando a ocupar dicho lugar el Mercado (*Uría y Menéndez*).

Esta tesis es criticada por lo difícil de definir el concepto de Mercado (es más, no hay un único mercado, sino varios mercados, como el Mercado laboral). Pero también es cierto que el Derecho mercantil tiene cada vez más normas administrativas.

◆ Las materias que comprende el derecho mercantil.

El Derecho mercantil puede dividirse en diversos bloques que giran en torno a la empresa:

- ◆ El empresario y la empresa, que estudia la capacidad del empresario, las prohibiciones, incompatibilidades, y responsabilidad, así como su estatuto jurídico (conjunto de deberes y obligaciones –de contabilidad, de registro...–). También estudia los supuestos de transmisión de empresas.
- ◆ El Derecho de la competencia y de la propiedad industrial (la defensa de la competencia, la competencia desleal y la publicidad comercial), los signos distintivos de la empresa (marcas...), invenciones (patentes...).
 - ◇ (La propiedad intelectual es objeto de conflicto entre civilistas y mercantilistas, pues no está claro a que bloque pertenece).
 - ◇ El Derecho de sociedades (Sociedades Anónimas y Sociedades Limitadas).
 - ◇ Títulos-valor (letra de cambio y cheque, sobre todo).
 - ◇ Contratos mercantiles: compraventa, contratos de distribución (de franquicias, de concesión...), contratos bancarios, de seguros...
 - ◇ Derecho concursal, que se ocupa de la insolvencia del empresario (modificado por la Ley Concursal 22/2003, de 9 de mayo, que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2004; la quiebra y la suspensión de pagos se sustituirán por un procedimiento único que será el concurso).
 - ◇ Derecho marítimo (aunque no sea una materia exclusivamente mercantil, se sigue incluyendo en esta disciplina).
- ◆ **Referencia a las competencias de los Jueces de lo Mercantil.**

El Decreto de unificación de Fueros eliminó los Tribunales de Comercio, y desde entonces todos los asuntos mercantiles se llevan a la jurisdicción civil. Sin embargo, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de mayo, ha provocado la creación de los Juzgados de lo Mercantil mediante Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal. Estos Juzgados estará en funcionamiento a partir de septiembre de 2004.

No suponen un nuevo orden jurisdiccional, sino que serán unos juzgados especializados dentro del orden civil. Se crean porque los procesos concursales son muy complejos y se quiere crear jueces especialistas en materia concursal y

mercantil. Además, se pretende que las sentencias tengan más claridad técnica, más uniformes, y que los procesos sean más rápidos.

La regla para su distribución es que en todas las capitales de provincia haya por lo menos un Juzgado de lo Mercantil, pero esta regla tiene dos excepciones:

- ◊ Podrán crearse Juzgados de lo Mercantil en ciudades que no sean capitales de provincia, pero que tengan un volumen de asuntos que haga necesario la creación de estos Juzgados.
- ◊ Podrá haber capitales de provincia que no tenga Juzgados de lo Mercantil debido a que el volumen de asuntos no lo justifique, en cuyo caso se acudiría a la capital de la Comunidad (en el caso de Castellón todavía no se sabe si habrá).

Las competencias de los Juzgados de lo Mercantil están en el art. 86.ter LOPJ. Hay dos tipos de competencias iniciales (se les podrán añadir más en un futuro):

- ◊ Competencias relativas al proceso concursal: serán competentes para conocer las acciones civiles contra el concursado; también para conocer de las acciones sociales relacionadas con los trabajadores del mismo (esta competencia pertenecía hasta ahora al orden social); también podrán adoptar medidas cautelares sobre los derechos fundamentales del concursado.
- ◊ Además de estas competencias, se les añaden las siguientes:
 - ◊ Competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad.
 - ◊ Sociedades mercantiles y cooperativas.
 - ◊ Transportes.
 - ◊ Acciones relativas a Condiciones Generales de la Contratación.
- ◆ (No se les atribuyen competencias sobre los contratos bancarios, etc.)
- ◆ **Los cambios en la actitud del Estado hacia la economía y su repercusión sobre el Derecho mercantil.**

Se pueden distinguir tres etapas:

- ◆ El Derecho mercantil en la época del Estado liberal: esta etapa transcurre desde la etapa de la Codificación (1789, con la Revolución Francesa) hasta la Primera Guerra Mundial (1919). Su característica es el liberalismo económico.
- ◆ El Derecho mercantil y la intervención del Estado en la economía, que transcurre desde la Primera Guerra Mundial hasta primeros de los años 80, y se caracteriza por el intervencionismo del Estado en la economía.
- ◆ Nuevos cambios en la ideología económica: la desregulación y la privatización de empresas públicas, que transcurre desde los años 80 hasta nuestros días. En esta etapa vuelve a la etapa liberal: es el neoliberalismo.
- ◆ **El Derecho mercantil en la época del Estado liberal.**

En esta época se imponen doctrinas de autores como *Adam Smith* que propugnan que el Estado no tiene que intervenir en la vida económica, sino que tiene que ser un Estado mínimo que se ha de encargar principalmente de proteger tres instituciones: la propiedad privada, la libertad contractual y la libertad de comercio.

Por tanto, si el Estado no interviene en el funcionamiento de la economía, quien determina la economía de un país es el Mercado, mediante el cruce de la oferta y la demanda: es el Mercado, y no el Estado, el que determina cuanto, qué y el precio de lo que se produce. Así, el consumidor aparece como un sujeto soberano, y quien determina el éxito o fracaso de las

empresas al elegir un producto u otro: es la función plebiscitaria o democrática.

Todo esto se plasma en el aspecto jurídico: las Constituciones no incluyen aspectos económicos, son Constituciones económicas negativas que con su silencio apoyan la liberalidad del Mercado. Las auténticas reglas económicas estarán en los Códigos civiles y de comercio, donde se recogerán los principios de libertad contractual y de comercio.

Pero este sistema de economía perfecta no funcionó nunca, porque se puso de relieve que los llamados oferentes hacían dos cosas cuando se les daba libertad para competir:

- ◆ Competían mucho incurriendo en competencia desleal, utilizando técnicas denigratorias o malas artes, o
- ◆ Se retraían tanto que no competían y se ponían de acuerdo a la hora de adoptar los precios o de repartirse zonas el país. Hoy este segundo extremo se estudiaría en el Derecho de defensa de la competencia.
- ◆ **El Derecho mercantil y la intervención del Estado en la economía.**

La *Primera Guerra Mundial* y el desastre económico que conllevó, supusieron la necesidad de restaurar las economías de los países que intervinieron en ella, lo que hizo que los Estados modificasen su planteamiento abstencionista, interviniendo en la economía, para producir lo necesario para la guerra primero, y para la reconstrucción de los países después.

El *Crack del 29* hizo que esa intervención ocasional fuese ganando en sistematicidad, es decir, se convirtiera en una intervención sistemática conforme a un plan, modelo que no ha dejado de existir en mayor o menor medida hasta nuestros días.

De esta época es *Keynes*, según el cual, el Estado tiene que estimular la economía haciendo obras públicas e inversiones. En sus teorías se basó el Presidente *Ruswell* para superar el Crack.

El intervencionismo tiene dos facetas:

- ◆ El *intervencionismo normativo*, mediante la regulación de la actividad de las empresas, lo que dará lugar a una serie de normas administrativas para regir el funcionamiento de la economía de un país, y que son conocidas como *Derecho de la economía*. Entre ellas se pueden citar:
- ◆ Al advertir que el funcionamiento del Mercado no es perfecto, surgen las leyes antimonopolio.
- ◆ También se establecen autorizaciones administrativas restringiendo la libertad de empresa o comercio.
- ◆ Se crean registros especiales para determinar empresas como, por ejemplo, el Registro de bancos.
- ◆ Se fijan los contingentes (máximos) de producción, exportación, importación.
- ◆ El Estado por ley o reglamento fija el precio de algunos productos.
- ◆ El *intervencionismo directo del Estado*, que supone que el propio Estado se convierta en empresario surgiendo el sector público empresarial, es decir, las empresas públicas de titularidad estatal (no tienen por qué ser del Estado, sino que también pueden ser de otros entes públicos como, por ejemplo, de una Diputación provincial).
 - ◇ En un principio se pensó que debían quedar fuera del Derecho mercantil porque no tienen ánimo de lucro, sino que sirven al interés general; y por que no son verdaderas empresas, ya que no tienen el elemento del riesgo.
 - ◇ Sin embargo, en la actualidad se piensa que se tienen que someter al Derecho mercantil, y más cuando la mayoría de ellas tienen formas jurídicas mercantiles (SA y

SL).

Estos cambios llegarán a las Constituciones posteriores a la Primera Guerra Mundial, produciéndose la consagración del Estado social en todas ellas. Estas modificaciones buscan restablecer el equilibrio social.

Así, en esta etapa tiene lugar la *socialización o desprivatización* del Derecho mercantil, que alude a la introducción de aspectos sociales en el Derecho mercantil (perteneciente al Derecho privado, es decir, que tiene en cuenta aspectos privados y no públicos).

Ejemplos de sectores donde se aprecia la desprivatización del Derecho privado, y que muestran una clara evolución son:

- ◊ El *Derecho de sociedades*: hasta ahora, los propietarios de las SA son los accionistas, y son ellos quienes nombran a los administradores de la Compañía. Pero ya en algunos países (Alemania y Holanda) se introduce la figura de la *co-gestión*, mediante la cual los sindicatos, como representantes de los trabajadores, tienen derecho a estar en los órganos de administración.
- ◊ El *Derecho concursal*, que durante la época liberal pretende proteger los intereses de los acreedores una vez una empresa resulta insolvente, aunque para ello se tenga que liquidarla. Pues bien, en esta época, las leyes persiguen salvar la empresa, la cual debe continuar para evitar la pérdida de los puestos trabajo aunque para ello se tenga que perjudicar, en principio, a los acreedores.
- ◊ Se produce un cambio en la *responsabilidad extracontractual*, introduciéndose la responsabilidad objetiva o por riesgo, y así será el que cree el riesgo el que deba responder. Hay en esta nueva posición una clara voluntad de proteger de forma más adecuada al consumidor y al usuario. Esto se refleja principalmente en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos.
- ◊ En el ámbito de la *contratación*, mientras que en el modelo liberal se suponía que las partes eran iguales y libres, en la contratación en serie se llegó a la conclusión de que había enormes desigualdades entre los contratantes al constatarse que, en realidad, la mayor parte de la contratación se realiza mediante Condiciones Generales. Así, para evitar abusos surge el control de las mismas, principalmente mediante la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; y mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

En esta época también aparecen las políticas de protección de los consumidores. La posición del consumidor se ha venido degradando notoriamente si comparamos el modelo liberal de consumidor–soberano con la situación actual, en la que mediante las nuevas técnicas de producción, de marketing, de publicidad... se crean unas necesidades ficticias y la posición del consumidor se encuentra más debilitada, pasando a una posición de consumidor–súbdito.

Entre los factores que han llevado a esta debilitación de la posición del consumidor, además del ya citado de las técnicas para influir en la demanda (marketing), se pueden sumar el hecho de que los consumidores no tienden a asociarse (aunque ahora ya sí), como otros colectivos (como los trabajadores). Y también que los consumidores se encuentran ante productos complejos (por ejemplo, los financieros), acerca de los cuales existe un déficit de información.

En 1962, *Kennedy*, en un discurso ante el Congreso, cita los cuatro derechos que debían ser básicos para los consumidores: derecho a la seguridad, a la información, a la elección y el derecho de audiencia (ser oído, ser tenido en cuenta).

A partir de aquí, estas políticas se extienden a Europa traducándose en directivas, y en España, la protección de los consumidores llegará incluso a recogerse en nuestra Constitución como principio ordenador de la política económica y social en su art. 51, que establece que la defensa, educación e información de los consumidores y usuarios es un deber del Estado.

En desarrollo del art. 51 CE, se promulgó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dictada tras el caso del aceite de colza en nuestro país, y que regula la responsabilidad de los empresarios y las cláusulas abusivas. En otros casos son leyes más amplias que no se dirigen concretamente al consumidor, pero que tienen unos artículos que se dedican a la protección del mismo:

- ◊ Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles (por ejemplo, venta a domicilio o telefónica), para proteger al consumidor y reconocerle un tiempo para devolver el producto (generalmente se le presiona para que se decida a comprar en el momento, sin dejarle que se lo piense).
- ◊ Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
- ◊ Ley de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos.
- ◊ Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados.
- ◊ Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (aplicándose ahora para el caso de las academias de idiomas).
- ◊ Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de Bienes de Consumo (que establece una garantía mínima de dos años en los bienes de consumo, y que habilita al Gobierno para que en el plazo de tres años refunda todas las leyes sobre consumidores en una sola).

Hay quien de todas estas leyes hace una valoración positiva, porque refuerzan la posición del consumidor. Para otros autores es pura demagogia. Para otros, la mejor defensa de los consumidores sería el fomentar la competencia del Mercado. Y otros opinan que estas leyes sólo benefician a las grandes empresas, las únicas que pueden afrontarlas (subiendo los estándares de calidad...)

◊ **Nuevos cambios en la ideología económica: la desregulación y la privatización de empresas públicas.**

Tras la *caída del muro de Berlín* se pone en duda el Estado social y se le critica porque no soluciona el paro, porque produce déficit público, inflación, que desincentiva a los ciudadanos, que produce una presión fiscal excesiva... Se irán imponiendo estas ideas y se volverá a las ideas liberales en las que el Mercado estaba en el centro del sistema: es el *neoliberalismo*.

Por tanto, ahora nos encontramos ante el fenómeno de la desregulación y la privatización de las empresas públicas.

◊ **Desregulación.**

En los últimos años se han liberalizado muchos sectores económicos volviéndose a la libertad de empresa o de comercio.

Pero debido precisamente a la desregulación, el Estado se ve avocado a producir más leyes para regular los nuevos sectores liberalizados, con lo que para algunos autores, en vez de desregulación, habría que hablar de una neo-regulación o re-regularización.

Otro fenómeno que también surge es la auto-regulación, que significa que las propias empresas marcan las normas que han de cumplir, en lugar del Estado. Pero esto no es Derecho (Derecho son las normas que promulga el Estado). Para los anglosajones esto es *soft-law*. Así se pueden citar los *códigos éticos* de las empresas, cuya sanción por incumplimiento, según la teoría neoliberal, la impondría el mismo Mercado. En España existe un *Código de buen gobierno* en las sociedades que cotizan en bolsa.

◊ Privatizaciones.

También, en los últimos tiempos, se puede apreciar, al igual que en toda Europa, una *corriente de privatización* que tiene por objeto poner en manos privadas las empresas que eran públicas.

Las razones que justifican la tendencia de privatización son tres:

- ◊ Por un lado, el propio impulso de la *Unión Europea* a través del control de las ayudas públicas, porque cada vez es más reticente a dar ayudas a empresas que pertenezcan a los Estados.
 - Cada vez se camina en la Unión Europea hacia la apertura de mercados a la competencia, es decir, se establecen *Directivas* claras para abrir la competencia a sectores donde antes no existía (p.e. telecomunicaciones).
 - Se trata de buscar para estas empresas estructuras de gestión y de propiedad más eficientes (una empresa, cuando su gestión es privada, es más eficiente por el tipo de incentivos, p.e. salariales, que una empresa pública).
 - Con la privatización, el Estado consigue enormes sumas de dinero que pueden destinarse a cubrir otro tipo de necesidades más apremiantes para él; o puede ahorrar el dinero que antes gastaba en estas empresas; o puede volverlo a invertir.

En cuanto al *control de la sociedad privatizada* por parte del Estado, la *Ley de 23 de marzo de 1995*, desarrollada por el Real Decreto de 15 de septiembre, no establece un control del procedimiento de privatización *a priori*, sino un control *a posteriori*, es decir, un control sobre las sociedades privadas, cuando las acciones están ya en manos privadas. Porque en las empresas públicas privatizadas de una importante presencia o valor estratégico, se entiende que el Estado debe reservarse un cierto poder de veto, concretamente en las decisiones estratégicas, que son decisiones que no se pueden tomar libremente por la Junta General (p.e. un acuerdo de disolución no puede tomarse sin la previa autorización administrativa por parte del Gobierno). Esto se aplica sobre Repsol, Argentaria, Endesa, Telefónica y demás empresas que el Gobierno pudiera ir señalando.

Las decisiones que no pueden tomarse libremente son la disolución, la fusión de sociedades, la escisión o la enajenación o venta de activos importantes.

Este tipo de control se conoce con el nombre de *Golden Share* o *Acción de Oro*: el Estado no es accionista, pero tiene el poder, la posibilidad o la suficiente potestad en el periodo de tiempo inmediatamente posterior a la privatización como para intervenir en casos específicos y vetar la toma de decisiones que influyan de una manera importante en estas ex-empresas públicas.

La *Ley de 23 de marzo de 1995*, que regula este control va a ser modificada porque para la Comisión Europea las *acciones de oro* van en contra de la libre competencia y la libre circulación de capitales. Para la Comisión Europea solo se podría admitir en casos excepcionales.

· **Referencia al análisis económico del Derecho como nueva tendencia metodológica.**

El análisis económico del Derecho hace referencia a un planteamiento metodológico que data de finales de los años 60, pero que se introduce en España años más tarde. Su origen está en Estados Unidos y supone la introducción en el Derecho de criterios o de métodos propios de la microeconomía.

Este planteamiento dice, básicamente, que todas las decisiones jurídicas son susceptibles de reinterpretación en términos microeconómicos, pudiendo ser todas las actuaciones calibradas, valoradas e interpretadas en términos de eficiencia económica. Esto sirve, sobre todo, para la política legislativa.

Los autores más destacados de esta corriente son *Guido Calabresi*, *Posner* y *Coase*, y en España, *Paz Ares*.

Para esta corriente hay varios puntos de partida:

- Por un lado, sigue de cerca el planteamiento neoliberal del economista *Freedman*, de la *Universidad de Chicago*. En ella se tenía una fe ciega en el funcionamiento del mercado como mejor forma de asignar recursos, y con una participación escasa o casi nula del Estado en la economía.
- Otro punto de partida es la idea de que toda persona, cuando se enfrenta al Derecho, actúa como un *homo economicus*: la persona actúa buscando una aplicación racional de los recursos, movido siempre por fines economicistas, maximizando el valor de los mismos. Por lo tanto, se guía por el *criterio de eficiencia*. Defienden los analistas económicos del Derecho que una asignación de recursos será óptima cuando su alteración no puede ser realizada beneficiando a alguien sin perjudicar a una tercera persona. Se habrá alcanzado entonces el *óptimo paretiano*.

Aplicadas estas ideas al campo del Derecho, éste, para ser eficiente debe poner los estímulos necesarios para poder alcanzar una asignación de recursos óptima, y a la vez, poner barreras que disuadan de realizar asignaciones de recursos ineficaces.

Hay una idea básica, el *Teorema de Coase*, que dice que la eficiencia se tiene que lograr a través del mecanismo del Derecho: *cuando las personas tienen que tomar decisiones que son incompatibles entre sí, siempre hay un punto*

ideal al que estarían dispuestos a llegar para alcanzar un acuerdo o contrato en el que transigirían. Por lo tanto, las personas estarían dispuestas a renunciar a parte de sus beneficios para llegar a un resultado. Lo que el Derecho deberá hacer es asignar los derechos u obligaciones a aquella parte que esté en condiciones de cumplirlo una forma más eficiente. Así, por ejemplo, en el caso del riesgo por responsabilidad extracontractual, el Derecho lo cargará sobre aquella parte que esté en condiciones de prevenirlo a un menor coste. Así, se sustituyen los criterios de dolo y culpa por el criterio de la economicidad y eficiencia.

El análisis económico del derecho adquiere mayor importancia allá donde existan *costes de transacción*, que son aquellos obstáculos que se oponen a la adopción de la solución que sería ideal en caso de no existir dichos costes (p.e. costes de negociación, de información, de vigilancia...)

Cuando existen *costes de transacción*, según *Coase*, la asignación de los derechos y obligaciones que haga el Ordenamiento tiene una enorme importancia, pues ayudará a inclinarnos por la solución más eficiente. Cuando no haya costes, la solución será superflua. No obstante, el Derecho adquiere un papel fundamental haya o no costes de transacción. Todo esto ocurre porque el Derecho necesita que se dé la solución más eficiente.

Dentro del análisis económico del Derecho, hay dos vertientes:

- Vertiente positiva, que explica una norma determinada tal y como es, sin proponer ningún cambio.
- Vertiente normativa, que nos dice si una determinada norma es o no eficiente, y puede ofrecer una alternativa en el caso de no ser eficiente. Asimismo, a la hora de adoptar una nueva norma jurídica, contribuir a distinguir, entre las diferentes alternativas, cuál de ellas es la más eficiente desde el punto de vista de consideraciones económicas. Esta vertiente se mueve en el plano de la *lege ferenda*.
- Valoración crítica. Conclusiones.

Si aplicamos el análisis económico al Derecho y buscamos su eficiencia, puede ayudarnos en muchos de sus campos y también en el campo legislativo.

Pero a partir de ahí se pueden poner muchos reparos:

- La tendencia universalista puede verse criticada, porque se llega a casos grotescos, y más en el campo del Derecho penal.
- Otra crítica es que hay parcelas donde la eficiencia económica no nos puede dar la solución (p.e. en el Derecho de familia).
- Otro inconveniente es que hay autores americanos que escriben y piensan en el sistema de la *Common Law*, donde el juez tiene preeminencia sobre el legislador. Mientras que en el Derecho codificado, es la norma la que tiene más preeminencia, ya que el juez tiene que someterse a ella aunque no sea una solución eficiente, lo único que tiene importancia del análisis económico en el sistema codificado es influir en la modificación de la ley si existen críticas bien fundamentadas.
- La crítica más grave es la que dice que la eficiencia, como valor, en el

Derecho tiene que ceder paso al valor principal del mismo, que es la equidad o justicia. Se trata de establecer una ordenación que sea equitativa y no eficiente.

Según *Gondra*, el Derecho tiene sus propios fines y no se pueden renunciar a ellos.

- **Las fuentes del Derecho mercantil.**
- **La legislación mercantil.**

El **art. 2 Ccom**, al hablar de los actos de comercio, establece las fuentes del Derecho mercantil:

Los actos de comercio ... se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

- **El Código de comercio y la legislación especial: la descodificación y la recodificación.**

El Código de comercio actual, de 1885, es el segundo existente en España. Entró en vigor el 1 de enero de 1886, es decir, antes que el Código civil (1889), razón por la que existe una descoordinación entre la legislación civil y la mercantil, puesto que el Código de comercio tuvo que incluir algunas normas civiles para poder dar coherencia al conjunto de su texto.

El Código mercantil se divide en cuatro libros:

- *De los comerciantes y del comercio en general* (arts. 1 a 115), que regula cuestiones como la capacidad de los comerciantes y su responsabilidad, del Registro mercantil y de la Contabilidad, hablando éstas dos últimas partes, al ser más modernas, de empresa y empresario.
- *De los contratos especiales de comercio* (arts. 116 al 572), que regula los contratos mercantiles (compra-venta mercantil, contrato de transporte...) y las Compañías mercantiles (aunque las más importantes están recogidas en leyes especiales).
- Del comercio marítimo (arts. 573 al 869).
- De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones (arts. 870 al 955).

Con el paso del tiempo, el Código se ha ido quedando anticuado, y más cuando realmente ya nació viejo. Así, ha sido reformado en multitud de ocasiones y se han ido aprobando leyes especiales que lo complementasen. Ello ha dado lugar a un proceso de descodificación, truncando la idea original de que toda la materia mercantil estuviera contenida en un solo Código de comercio.

Las *leyes especiales* que existen en España surgen:

- Unas veces debido a que surgen exigencias o instituciones nuevas en el tráfico que no existían en la época de la codificación y, por lo tanto, no se

· pudieron introducir, como pasó con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, la Ley de Competencia Desleal de 1991 o la Ley de Defensa de la Competencia de 1989.

· Y otras debido a que, aún existiendo una regulación en el Código que podría aprovecharse para introducirse las modificaciones, debido al volumen y la complejidad de éstas se considera más adecuado crear una ley nueva dada la imposibilidad técnica de su incorporación, como pasó con la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, de más de 200 artículos; la Ley del Cheque de 1985; y la Ley del Seguro de 1980.

Para algunos autores, el primer sistema sería la *anticodificación*, y lo segundo la *descodificación*.

El fenómeno de la descodificación alcanza a un 20% del Código de Comercio (unos 200 artículos). Y cuando el 1 de septiembre de 2004 entre en vigor la nueva Ley sobre el Concurso, Quiebra y Suspensión de Pagos, saldrán nuevamente del Código 70 artículos más.

Por todo ello se dice el Código de comercio ya no es el centro del Derecho mercantil, sino una norma más, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como cualitativo, puesto que las normas que quedan en él tratan cuestiones no demasiado utilizadas.

Ante este fenómeno surgen autores a favor de la *recodificación*, es decir, a favor de reconducir de nuevo las materias mercantiles al Código de comercio. Esta cuestión es actualmente imposible si tomamos en consideración todas las materias mercantiles, aunque sí podría realizarse respecto algunas partes del mismo como, por ejemplo, las sociedades mercantiles o los contratos mercantiles, aunque por el momento todavía no se va a llevar a cabo.

· **La legislación mercantil y la organización territorial del Estado.**

Dentro del sistema de reparto de competencias entre las diferentes instancias políticas que integran la actual configuración territorial de nuestro Estado, en el marco de la *Constitución de 1978*, la legislación en materia mercantil se considera como perteneciente a la competencia estatal. Así, según el **art. 149.1.6 CE**, *el Estado tiene competencia exclusiva sobre... legislación mercantil...*

El *Tribunal Constitucional* ha entendido por *legislación mercantil* la que toma como referencia básica las relaciones jurídico-privadas, es decir, la contenida en el *Código de comercio*, incluyendo toda aquella legislación especial que deroga, complementa o desarrolla su contenido. De ahí se debe que se mencione como materia aparte, aunque también venga atribuida a la competencia legislativa del Estado, la *propiedad industrial* (art. 149.1.9 CE), que formaría parte del sistema de Derecho mercantil actual, como así también lo entiende la generalidad de la doctrina.

Se han producido algunos conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con algunos sectores normativos que se consideran relacionados con la materia mercantil. Fundamentalmente son dos las zonas en las que han aflorado estos conflictos de competencias:

- De una parte, a propósito del régimen de las *Cooperativas*, que al no venir atribuido al Estado en el **art. 149.1 CE** y, sobre la base de lo dispuesto en el apartado 3 de ese mismo precepto constitucional, los Estatutos de las Comunidades Autónomas han tendido a reservárselas para sí (**art. 149.3 CE**: *las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos*).
- De otra, se han manifestado asimismo conflictos sobre la constitucionalidad de la legislación promulgada por las Comunidades Autónomas en relación con la protección del consumidor, en la medida en que se encuentra entre la frontera del Derecho público y el privado.

En la resolución de estos conflictos, el *Tribunal Constitucional* ha tomado en consideración, sobre todo la necesidad de preservar determinados valores, explícita o implícitamente constitucionalizados, especialmente la *unidad del mercado*, extraído del **art. 139.2 CE** (*Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español*), y tachando así de inconstitucional toda aquella norma que atente contra dicha unidad (STC 28 de enero de 1982).

· **Los usos de comercio.**

El art. 2 Ccom establece que los usos de comercio son una de las fuentes del Derecho mercantil, pero es una fuente de segundo grado, es decir, se aplican en defecto de ley mercantil.

Originariamente, en la Edad Media, con el *ius mercatorum*, eran muy importantes. Pero en la actualidad, están en decadencia, aunque todavía mantienen su importancia en el ámbito internacional.

El inconveniente de los usos es la inseguridad, pues no son normas escritas. Tanto es así que cuando existe una costumbre, las parte de un contrato incorporan esa costumbre como una cláusula del mismo. Así, los usos de comercio suelen originarse como una cláusula incluida en un contrato que, a fuerza de ser constantemente repetida, se asume como una cláusula querida por las partes y que llega a aplicarse, aunque las partes no la manifiesten, pues se sobreentiende asumida, salvo pacto en contrario.

Los usos de comercio son la *costumbre mercantil*, es decir, normas de derecho objetivo creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los empresarios en su tráfico (*Uría*).

Los usos de comercio, para que formen parte del Derecho mercantil, tienen que cumplir unos requisitos, al igual que la costumbre en el Código civil.

Tienen que consistir en una conducta repetida y constante en el tiempo. Se ha de dar el requisito de la *opinio iuris*, es decir, que haya una conciencia general de que esos usos existen y que son obligatorios. Tienen que ser probados para poder ser aplicados, es decir, que aquél que alegue un uso de comercio deberá probar su existencia (**art. 1.3 Cciv**). Y por último, destacar que los usos de comercio son dispositivos, por lo que mediante pacto pueden

ser excluidos.

· **El Derecho común o Derecho privado general.**

A las relaciones mercantiles se aplica, en primer término, la ley mercantil y, después, la costumbre mercantil y, a falta de ambas, entra en juego el Derecho común. Es decir, frente a la prelación general de fuentes establecidas por el Cciv (ley, costumbre y principios generales), en las relaciones mercantiles prevalece la costumbre o el uso mercantil sobre la ley común.

Nuestro Código de comercio establece, con relación a los actos de comercio, esta jerarquía de fuentes del Derecho mercantil en su art. 2. La doctrina suele extender el ámbito de este artículo en el sentido de que aplica esta prelación de los usos sobre el Derecho común, no ya simplemente al régimen de los actos de comercio, sino a toda la materia de Derecho mercantil. Esta extensión, encuentra una importante limitación en el propio Código, ya que el art. 50 señala que los contratos mercantiles, a falta de una ley específica que los regule (es decir, Código de comercio o ley especial), han de regirse por las reglas generales del Derecho civil (por tanto, sin que intervenga la prelación de los usos de comercio a la que se refiere el art. 2 Ccom), en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes.

Esta referencia al Derecho común ha de entenderse (tanto la referencia del art. 2 Ccom, como la del art. 50 Ccom) como equivalente al Código civil y así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en dos sentencias de 1988 y 1989 que se manifiestan en contra de otra dictada en 1968.

El Derecho común, aún enunciado en el art. 2 Ccom, no es fuente del Derecho mercantil, por ser éste un Derecho especial. Esa referencia pone más bien de manifiesto la vinculación estrecha del Derecho mercantil y el civil y el papel integrador de este segundo respecto del primero. Mientras que el Derecho civil es Derecho privado general o común, el mercantil es especial de los empresarios.

· **Referencia a las condiciones generales de la contratación.**

· **Concepto y función.**

Antiguamente se creía que las condiciones generales de la contratación eran *fuerza del Derecho mercantil*, hoy se entiende que *no* es cierto.

La contratación en serie o en masa que realizan los empresarios mercantiles les impide discutir con cada uno de sus clientes las condiciones y cláusulas de cada contrato, cuyo contenido suele ser, además, idéntico para todos ellos. Por ello, los empresarios redactan unilateralmente unas condiciones generales para sus contratos y sus clientes se limitan a aceptarlos manifestando su adhesión a las mismas: aparecen así las *condiciones generales del contrato*.

En otras ocasiones, la totalidad o gran parte de los empresarios que desarrollan una misma actividad económica, redactan unas condiciones generales que se obligan a incluir en todos los contratos que estipulen con sus

clientes: aparecen así las llamadas *condiciones generales de la contratación*.

Se trata de un fenómeno consustancial a la contratación moderna.

Actualmente el derecho vivo del tráfico mercantil es el *derecho de los formularios* que viene a sustituir a los Códigos a los que se referían los contratos a los que libremente se adhieren las partes con posterioridad a una negociación de sus cláusulas (**art. 1091 Cciv**).

Las *funciones* que cumplen estas cláusulas son:

- *Ahorrar costes de transacción* pues se simplifica el costo de negociación (si no existieran, se debería redactar un contrato para cada cliente).
- Permiten la *división del trabajo* dentro de la empresa (los empleados que tratan con el cliente no saben de Derecho, por lo que las empresas suelen tener un equipo técnico).
- Permiten a la empresa un *cálculo anticipado de los costes y los riesgos*, porque todos los contratos de la empresa se someten a esas condiciones.
- Ayudan a la *seguridad jurídica* (función más importante). Así es, pues los Códigos tienen una regulación de los contratos anticuada e incompleta, ya que sólo regula algunos de ellos. Y también existen contratos atípicos no regulados en ellos (la ley siempre va por detrás de la sociedad). Así, gracias a las condiciones generales de la contratación, en los casos de los contratos atípicos, el empresario puede regular los derechos y obligaciones de las partes de un contrato con gran detalle.

Pero el mismo hecho de no ser discutidas las cláusulas en cada caso plantea el riesgo de que la negociación en masa mediante *condiciones tipo* origine una serie de desventajas:

- Las redactan unilateralmente una parte, no por consenso, y ello se presta a abusos y se desplacen los riesgos a la parte económicamente más débil, ya que se puede adherir o no, pero no puede discutir las condiciones.
- Son poco comprensibles.
- No cumplen muchas veces esa función de seguridad jurídica (seguridad sólo para el que las redacta).

Así, para evitar estas situaciones, las condiciones generales de la contratación, además de someterse a los límites del **art. 1255 Cciv** (sometimiento a la ley, a la moral y al orden público), se someten a controles adicionales.

El **art. 1.1 LCGC** nos da la *definición de condiciones generales de la contratación*:

- *Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes... habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

De esa definición extraemos sus *características*:

- Predisposición, es decir, el empresario las redacta previamente.

- Imposición, ya que no son negociables.
- Generalidad, pues se aplican a muchos contratos de la empresa y no sólo a uno.

El *empresario* que redacta las Condiciones Generales de la Contratación es el *predisponente*, y la ley le llama *profesional*. La otra parte es el *adherente o cliente*. El adherente puede ser consumidor o no, pues las condiciones generales de la contratación se emplean tanto en la contratación con consumidores, como con no consumidores (puede ser otro empresario).

Hay contratos a los que no se aplicará la ley (art. 4 LCGC), y son los contratos laborales y los administrativos.

· **Naturaleza jurídica.**

Durante el primer tercio del s. XX hasta la Segunda Guerra Mundial, existía una primera concepción que las entendía como un verdadero derecho objetivo (concepción normativa), por lo cual se les trataba como una fuente de Derecho, ya que se consideraba que no existía un verdadero consentimiento del adherente o cliente; que, influenciados por las corrientes fascistas de Alemania e Italia, de tipo corporativo, se pensaba que las empresas podían producir derecho al igual que un órgano del Estado; y, además, al ser generales, y tener apariencia de ley, las equiparaban con ésta.

Estos argumentos deben ser desechados porque en un Estado de Derecho sólo el Estado produce Derecho.

Las condiciones generales de contratación, según la postura que adopta la mayoría de la Doctrina, y la **Ley 7/98 CGC**, tienen naturaleza puramente contractual, pues aunque la autonomía de la voluntad se encuentre muy debilitada, es el adherente quien, con su declaración de voluntad, las acepta o no. Así, su naturaleza es contractual, y es por ello por lo que obligan.

Pero puede existir un caso límite donde las condiciones Generales de la Contratación se conviertan en Derecho objetivo al usarse y repetirse en el tiempo y convertirse en costumbre: los *usos de comercio*.

· **Régimen jurídico (remisión).**

El régimen jurídico está en dos leyes de nuestro país:

- **Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**, que está dirigida exclusivamente a los consumidores y usuarios, entendiendo como tales los destinatarios finales de bienes y servicios, no cabiendo entre ellos los pequeños empresarios: se trataba de un ámbito subjetivo muy reducido.
- **Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación**, que tiene como objetivo la incorporación al Derecho interno de la Directiva comunitaria 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores; y la regulación de condiciones generales contratación. Asimismo modifica la Ley 26/84 para incrementar la protección a los consumidores, al introducir la definición de

cláusulas abusivas y establecer la enumeración de las mismas.

- Controles adicionales.
- **Requisitos de inclusión en el contrato.**

El control de inclusión o incorporación lo constituyen los requisitos de incorporación de las condiciones generales para que entren a formar parte de un contrato. Este control se aplica con independencia de que el adherente sea consumidor o no consumidor.

Lo que se exige es que se dé al adherente la posibilidad de conocer las condiciones generales, no que las deba conocer, es decir que se le dé al cliente de poder saber cuál es su contenido. Para ello, las condiciones generales de contratación han de ser:

- *Legibles*, exigiéndose un tamaño de letra y un papel apto para la lectura.
- *Comprensibles*, siguiéndose el criterio del *cliente medio* de esos servicios o productos.
- Si el contrato se celebra por escrito, el predisponente tiene la obligación de entregar una copia de las condiciones generales de contratación.
- Si el contrato no se celebra por escrito, entonces el predisponente debe anunciar sus condiciones, por ejemplo en la pare; o, si entrega un justificante del contrato, incluirlas allí como, por ejemplo, el ticket del parking.

La sanción de no cumplirse esta inclusión será que dichas cláusulas no quedarán incorporadas al contrato, el cual se suplirá con el régimen del contrato, en el caso de que este regulado, o con las normas del Código civil de obligaciones y contratos. Es decir, no se incorporan al contrato aquellas condiciones generales que el adherente no haya tenido la posibilidad de conocer de manera completa. Tampoco aquellas que no hayan sido firmadas ilegibles, oscuras, ambiguas o incomprensibles, aunque sí se le haya dado al adherente la posibilidad de conocerlas, salvo, en el caso de las cláusulas incomprensibles, que sean aceptadas expresamente por el adherente y se ajusten a la normativa específica del contrato (refiriéndose a las cláusulas de los contratos bancarios).

- **Interpretación.**

Las reglas de interpretación de las condiciones generales de contratación operan tanto para consumidores, como para no consumidores. El **art. 6 LCGC** establece que cuando una condición general sea ambigua, se interpretará a favor del adherente: es la *regla contra proferentem*. En realidad esta regla de interpretación ya la establecía el **art. 1288 Cciv**.

- **Control de contenido: cláusulas abusivas.**

Con el control de contenido se establecen las condiciones necesarias para la validez de las cláusulas. Aquí se manifiesta el defecto de la legislación, porque este control se prevé sólo cuando el adherente es consumidor (está en la LGDCU), y significa que son nulas las condiciones generales de contratación o cláusulas abusivas (además de las que van contra la ley imperativa –art. 6.3 Cciv–).

El **art. 10.bis.1 LGDCU** establece que *se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*

Esta es una definición vaga y complicada, por lo que el legislador da una lista de las mismas en la **Disposición Adicional Primera de la LGDCU** (son un total de 29). Así, por ejemplo, serán abusivos:

- **Nº 27:** pactos de sumisión expresa a juez o tribunal distinto al del domicilio del consumidor, pues lo lógico es que el litigio se resuelva en la ciudad donde el cliente tenga su domicilio y no donde la empresa tenga su gabinete. En este mismo sentido se manifiesta el **art. 54 LEC**.
- **Nº 10:** cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad del empresario por incumplimiento del contrato o por los daños al consumidor.
- **Nº 19:** cláusulas de inversión de la carga de la prueba.

La consecuencia de la inclusión de una cláusula abusiva no sería la nulidad de todo el contrato, sino la nulidad parcial, de modo que el contrato permanecerá, pero sin la cláusula nula.

Lo ideal es que este control protegiera a consumidores y no consumidores, como por ejemplo, en Alemania.

- Acciones.

Además de estos controles, la ley regula las acciones colectivas contra determinadas personas en los **arts. 12 y ss. LCGC**.

Estas acciones sólo pueden ejercitarlas determinadas asociaciones e instituciones, concretamente las mencionadas en el art. 16 (asociaciones de consumidores y usuarios, asociaciones de empresarios, Ministerio fiscal, Cámaras de Comercio...)

Se distinguen tres tipos de *acciones colectivas*:

- Acción de cesación (es la más utilizada), que busca obligar al demandado (predisponente) mediante un pronunciamiento judicial (mandato judicial) que no vuelva a usar determinada condición general que se ha declarado nula (no es necesario que se haya declarado nula previamente, sino que puede que se declare en ese mismo procedimiento).
- Acción de retractación, que no va dirigida necesariamente al predisponente: a veces, las asociaciones de empresarios o los colegios profesionales recomiendan a sus asociados que utilicen unos determinados formularios. El legitimado pasivo será alguien que ha recomendado públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se han considerado nulas. El objetivo es condenar al demandado a que se retracte públicamente de esa recomendación y que se abstenga de seguir recomendando.
- Acción de simple declaración, cuyo objeto es que se declare que una determinada condición es una condición general de la contratación y así aplicarle el régimen expuesto en la Ley de Condiciones Generales de la

Contratación.

- Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La Ley 7/98 CGC, en su art. 11, crea un Registro de Condiciones Generales de la Contratación cuya finalidad es permitir en el mismo la inscripción de tales condiciones.

La inscripción de condiciones generales de la contratación es meramente voluntaria, salvo para los sectores en los que el gobierno declare la inscripción obligatoria, p.e. las sentencias firmes que estimen las acciones colectivas.

Ha sido muy criticado por ser su inscripción voluntaria y no obligatoria, pues no satisface los requisitos de la publicidad.

- **La unificación del Derecho mercantil en el ámbito internacional y en el ámbito europeo.**
- **Ámbito internacional.**

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial se produce en todo el mundo una intensificación extraordinaria del comercio debido a los avances del transporte y comunicaciones, la liberalización de las economías (se permiten más importaciones y exportaciones), el menor proteccionismo por parte del Estado y, en la última década, la desaparición del bloque soviético.

Todo ello da lugar al fenómeno de la globalización o mundialización económica.

Pero esa realidad económica choca con la jurídica, porque aunque el comercio es internacional, el Derecho Mercantil es nacional (lo produce cada Estado), lo que produce inseguridad jurídica a las partes de un contrato.

Para superar este obstáculo, desde principios del s. XX (antes de la Segunda Guerra Mundial) hay una tendencia internacional a la unificación del Derecho mercantil, que se produce por dos vías: la unificación legislativa de los Estados mediante convenios internacionales, y la unificación efectiva (de *ipso*) que realizan las empresas o sujetos del comercio internacionales.

- Unificación legislativa.

Consiste en elaborar convenios o leyes uniformes sobre Derecho Mercantil o materias mercantiles por organismos internacionales y que son ratificados, con posterioridad, por los Estados.

Es el caso de múltiples Convenios internacionales, que cubren vastas áreas del Derecho mercantil:

- Convenio de Ginebra sobre la Letra de Cambio y el Pagaré (1930).
- Convenio de Ginebra sobre el Cheque (1931), que los elaboró la *Sociedad de Naciones* (antecedente de la ONU).
 - Así, todos los Estados que lo ratificaron tienen un régimen uniforme y, aunque España no los ratificó, la Ley Cambiaria y del Cheque se

inspira en ellos. Tampoco ratificó el Reino Unido el Convenio sobre el Cheque.

- Convenio de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), elaborado por el UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).
- Convenio para sobre el contrato el Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (19 de mayo de 1956),
- Convenio para el Transporte de Mercancías por Ferrocarril, etc.

Sin embargo, la creación y, sobre todo, la efectiva implantación del Derecho uniforme entraña notables dificultades, entre las que cabe destacar:

- Los Estados se resisten a ceder soberanía: contando con esta resistencia de los Estados a sacrificar su soberanía nacional, en el plano legislativo, más allá de lo estrictamente necesario para el desarrollo de los intercambios económicos internacionales, se tenderá a configurar este Derecho mercantil uniforme, al menos preferentemente, sobre el ámbito de las relaciones comerciales de estricto carácter internacional.
 - ♦ De este modo, se presenta como un sistema de normas (por supuesto inorgánico), proyectado sobre el ámbito del tráfico comercial exterior y, en cuanto tal, aparece yuxtapuesto al Derecho estatal que rige el tráfico económico interno.
 - ♦ Sólo excepcionalmente, algunos Convenios como los de Ginebra sobre la Letra de Cambio (1930) y el Cheque (1931), o el de Viena de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), se concibieron con pretensión uniformadora total del correspondiente sector normativo de Derecho nacional.
 - ♦ Es un procedimiento lento (los convenios tardan años) debido a la tendencia de los Estados a demorar la incorporación definitiva de este Derecho uniforme a su ordenamiento jurídico. La ratificación de los Convenios tiende a retrasarse durante años y, con frecuencia, no llega siquiera a producirse, con lo que el ámbito de vigencia del Derecho uniforme legislado dista mucho realmente de alcanzar el grado de universalidad pretendido. A tal respecto, es evidente el papel dominante que hasta ahora han desempeñado los países europeos en el proceso de elaboración de este Derecho mercantil internacional.
 - ♦ Muchas veces los textos son poco coherentes y complicados (es difícil poner de acuerdo a los Estados).
 - ♦ Se aprueban convenios y no entran nunca en vigor porque no lo ratifica el número mínimo de Estados.
 - ♦ Hay Estados que introducen reservas, con lo que se desvirtúa la pretendida uniformidad inicial.

Estas dificultades que encuentra el proceso legislativo internacional son las que han dado pie a que ciertos sectores de la doctrina hayan manifestado un mayor entusiasmo por promover otras vías más *pragmáticas* de unificación del

Derecho. En concreto, se postulará el apoyo a las tendencias uniformadoras que se manifiestan en el Derecho de producción autónoma de la práctica mercantil internacional.

◆ Unificación por vía de hecho.

A vistas de que los resultados por la vía legislativa son escasos, se ha iniciado una nueva vía de unificación de hecho. Esta vía supone que son las empresas multinacionales quienes, al margen de los Estados y de los Convenios Internacionales, configuran un Derecho uniforme internacional por la vía de los hechos, y a ese Derecho se le conoce como la *nueva lex mercatoria*, que recuerda al viejo *ius mercatorum* de la Edad Media, porque tiene sus mismas notas: autonomía de las fuentes, autonomía de aplicación y uniformidad.

- ◆ Autonomía en el plano de las fuentes: actualmente, las empresas internacionales tienen sus propios contratos–tipo y condiciones generales utilizadas internacionalmente, y además hay recopilaciones de usos internacionales (a diferencia del retroceso en el ámbito interno).
 - ◇ Existen instituciones que recopilan esos usos como, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) con dos recopilaciones:
 - ◇ Recopilación sobre *incoterms*, que son reglas para interpretativas de ciertos términos que se utilizan con mucha frecuencia en los contratos internacionales, sobre todo de compraventa. Estos *incoterms* no tienen fuerza vinculante, sino que las partes se tienen que someter a ellos voluntariamente.
 - ◇ Recopilaciones sobre *RUU*, que son reglas y usos uniformes sobre créditos documentados (contratos de financiación).
- ◆ Su naturaleza jurídica es discutible. Así hay quienes afirman que son costumbres y otro sector mantiene que son condiciones generales. Parece ser que son condiciones generales, porque sólo se aplican si las partes así lo deciden.
- ◆ Autonomía en la aplicación del Derecho, pues existen muchos casos en los que los contratos internacionales no son enjuiciados por los Tribunales de un Estado sino que las propias partes han incluido en ellos cláusulas de sometimiento expreso al arbitraje, ejercido en muchos casos por la *Cámara de Comercio Internacional de París*.

Esta unificación efectiva ha sido criticada, pues quienes controlan la situación son las empresas u operadores económicos más fuertes y, en cambio, sería deseable una regulación por parte de los Estados.

◆ **Ámbito europeo.**

Con la adhesión al *Tratado* que instituye la *Comunidad Económica Europea* el 1 de enero de 1986 (los Tratados de adhesión son de junio de 1985), nuestro país entró a participar en un proceso de integración económica de ámbito regional europeo. Tal proceso comporta a su vez otro paralelo de integración del Derecho que afecta a amplias zonas del Derecho mercantil.

Los medios institucionales con los que el Tratado pretende alcanzar la integración económica son, de una parte, el establecimiento de un mercado común y, de otra, la aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados miembros.

El establecimiento de un mercado común requiere necesariamente de la contribución del Derecho. En efecto, presupone la creación por éste de las condiciones que hagan posible ese libre desenvolvimiento de la actividad económica, en condiciones análogas a las de un mercado nacional. Los sectores del Derecho donde ha sido más intensa la armonización son:

- ◆ Seguramente en el ámbito de las *sociedades mercantiles*, pues existen varias Directivas y un Reglamento comunitario sobre Sociedades. Con ello se trata de evitar lo sucedido en Estados Unidos, en donde un pequeño estado de la costa oeste, a principios del s. XX, promulgó una legislación de sociedades mercantiles favorable a las empresas y el 80% de las empresas de Norteamérica instalaron allí su domicilio social. La Unión Europea ha querido evitar que pasara lo mismo, y así lo ha conseguido.
 - ◇ En España las directivas se transpusieron mediante la ley 19/1989, de 25 julio, que dio lugar a una nueva Ley de Sociedades Anónimas y obligó a modificar el Código de comercio en lo referente a contabilidad y régimen mercantil. También se modificó la Ley de Sociedades Limitadas.
 - ◇ En el derecho europeo también es importante el derecho de la competencia, y así, los arts. 81 y ss TCE regulan los acuerdos colisorios, el abuso de posición dominante y las ayudas públicas.
 - Estos artículos han inspirado (no se transponen) nuestra Ley de Defensa de la Competencia de 1989.
 - También es destacada la tarea de propiedad industrial, por ejemplo, patentes, marcas... Así, tenemos el Reglamento 40/1993, sobre la marca comunitaria, y una directiva sobre dibujos y modelos industriales traspuesta en nuestro derecho por la Ley 20/2003, de Protección del Diseño Industrial.
 - También se ha realizado una política intensa

en la protección del consumidor:

- Ley de Crédito al Consumo, de 1995, proviene de una Directiva de Crédito al Consumo de 1987.
- Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos, de 1994, también procede de una Directiva.
- La Ley de Garantías de Bienes al Consumo (ley 23/2003 julio), que procede de una Directiva de 1999, de Garantías de Bienes al Consumo.
- También se regulan los contratos mercantiles, y así, la Ley del Contrato de Agencia, de 1992, se basa en una Directiva de 1986 sobre el Contrato de Agencia.

Parece que la Constitución Europea quiere ir más lejos en el ámbito de los contratos y que hay interés en que se elabore un Código Contractual Europeo que debería sustituir las normas sobre obligaciones y contratos de los Códigos civiles y de comercio de los distintos países de la Unión Europea. El argumento es que se basan es necesario para el Mercado común. Esta idea se promueve desde la Resolución del 15 de noviembre de 2001 del Parlamento Europeo, que insta a la Comisión Europea para que lo elabore y fije un posible calendario para su elaboración.

Actualmente existen grupos de juristas que trabajan en la creación de Códigos Europeos, como son:

- La *Comisión sobre Derecho Contractual Europeo* (también llamada Comisión Lando, en honor a su presidente). Ha elaborado el texto *PECL (Principios de Derecho Contractual Europeo)*, que podría ser la base de un posible *Código civil europeo*.
- El Grupo de Pavía (por la ciudad italiana, cuyo presidente es el italiano Gandolf) que ha elaborado un *anteproyecto de Código europeo de Contratos* (el Libro I o parte general).
- **La empresa ante el Derecho mercantil. Concepto y régimen jurídico.**
- **La empresa como fenómeno económico-social.**
- **Cuestiones generales.**

- **Comerciante y empresario en el Código de comercio.**
- **Las zonas limítrofes del concepto de empresario: agricultores y ganaderos, profesiones liberales, empresas públicas, fundaciones.**
- **La dimensión subjetiva de la empresa.**
- **Actividad y significación jurídica del fin.**
- **El estatuto jurídico del empresario (remisión).**
- **Clases de empresarios: empresarios individuales y personas jurídicas (sociedades y fundaciones); empresarios públicos y privados; grandes y pequeños empresarios.**
- **La dimensión objetiva de la empresa.**
- **La empresa como conjunto organizado de bienes.**
- **Unidad funcional y tratamiento disperso.**

- **El establecimiento mercantil.**
- **El establecimiento mercantil.**
- **Concepto.**
- **Establecimiento principal y domicilio mercantil.**
- **Las sucursales: concepto y significación jurídica.**
- **El establecimiento mercantil como objeto de negocios jurídicos.**
- **Transmisión del establecimiento: unidad negocial y pluralidad obligacional.**
- **Tipos de transmisión.**
- **Transmisión plena (la venta de establecimiento mercantil). Obligación de entrega y saneamiento; cesión de créditos, deudas y contratos pendientes; la prohibición de competencia.**
- **Transmisión a título limitado: arrendamiento del establecimiento mercantil (distinción del arrendamiento de local de negocios); usufructo.**
- **Transmisión a título de garantía: la hipoteca del establecimiento.**
- **Transmisión *mortis causa*.**

- **La adquisición de la condición de empresario.**
- **El empresario individual.**
- **Concepto positivo.**
- **Capacidad. Incompatibilidades y**

- prohibiciones.
 - **La inhabilitación del quebrado.**
 - **El empresario extranjero.**
 - **La responsabilidad del empresario.**
 - **Ideas generales.**
 - **La empresa individual de responsabilidad limitada y el régimen relativo a la Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada.**
 - **La responsabilidad del fabricante.**
 - Tendencias y realizaciones en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.**
 - **Ejercicio de la actividad empresarial por persona casada.**
 - **El empresario social (remisión).**
-
- **Obligaciones profesionales del empresario: la contabilidad.**
 - **Sentido y fin del deber de contabilidad.**
 - **Régimen jurídico.**
 - **Fuentes.**
 - **Sujetos obligados.**
 - **Contabilidad formal y materia.**
 - **Contabilidad formal.**
 - Libros obligatorios y facultativos.
 - Legalización, llevanza y conservación.
 - Los libros de contabilidad en el proceso: comunicación, exhibición y valor probatorio.
 - Sanciones por el incumplimiento de las obligaciones en materia de contabilidad.
 - **Contabilidad material.**
 - Las cuentas anuales de los empresarios: composición.
 - Principios que presiden su redacción (el principio de *imagen fiel*).
 - **La verificación de las cuentas anuales.**
 - **El depósito de las cuentas.**
 - **Régimen especial de contabilidad de los grupos de sociedades y de las sociedades de capital (remisión).**
-
- **Obligados profesionales del empresario: la publicidad registral.**
 - **El registro mercantil. Noción, función económica y caracteres generales.**
 - **El registro mercantil en el Derecho español.**

- **Organización.**
 - Registros territoriales.
 - Registro Mercantil Central.
 - **La inscripción en el Registro Mercantil.**
 - Contenido de la inscripción: sujetos obligados; objeto (actos susceptibles de inscripción y obligatoriamente inscribibles).
 - Procedimiento: solicitud de inscripción; forma documental que debe revestir el hecho o acto que se pretende inscribir; la calificación del registrador.
 - **La publicidad registral y sus efectos.**
 - **Los efectos frente a terceros: principio de publicidad material positiva y negativa.**
 - **Los efectos de la publicación del acto inscrito en el boletín Oficial del Registro Mercantil; supuestos de discordancias.**
 - **Los efectos de la publicidad frente al acto inscrito: presunción de exactitud y validez de la inscripción; inscripciones declarativas y constitutivas.**
-
- **Colaboradores del empresario.**
 - **Clases de colaboradores: dependientes y autónomos.**

La complejidad, la intensidad y la masificación del moderno tráfico económico, son circunstancias que obligan a los empresarios mercantiles (individuales o sociales) a solicitar la colaboración de un gran número de personas que, directa o indirectamente, les auxilien en la explotación de su empresa y en la prestación de su actividad de mediación o de producción en el mercado.

Dicha colaboración puede ser de muy variada naturaleza y condición, pudiendo tener por objeto prestaciones muy diversas y verificarse en cumplimiento de contratos de muy distinta naturaleza y duración.

Con el empresario mercantil colaboran o le auxilian, desde sus empleados, técnicos, factores y gerentes, hasta sus asesores jurídicos, económicos o financieros, pasando por los banqueros, aseguradores y suministradores y, en definitiva, por todos los que hacen posible la explotación de su actividad económica.

Estas formas de colaboración pueden clasificarse según varios criterios:

- Atendiendo a la permanencia de la colaboración o a su carácter esporádico:
- Los colaboradores esporádicos auxilian al empresario en una fase concreta como, por ejemplo, un corredor de comercio o un comisionista que necesite para una actuación concreta.
- Colaboradores permanentes pueden ser los representantes comerciales, gerentes, o los directivos generales. Pueden estar vinculados por una relación laboral o mercantil.
- Atendiendo al contenido mercantil o no de la colaboración:
- Pueden estar vinculados por una relación mercantil, regulada como tal en el Código de comercio o en las leyes especiales, y pueden ser el agente, el comisionista, mandatario, distribuidores, etc.
- Pueden estar vinculados por una relación laboral. Aquí se incluirán los empleados ordinarios y los empleados especiales.
- Atendiendo a si la colaboración se realiza por personas autónomas o dependientes del empresario, que hace referencia al hecho de que dichos colaboradores gocen de mayor o menor libertad de decisión y estén sometidos a una relación jerárquica de subordinación:
- Los colaboradores dependientes se caracterizan porque se encuentran vinculados con el empresario por una relación de subordinación o dependencia de forma generalmente estable (normalmente están ligados con el empresario por medio de un contrato de trabajo especial). Serán colaboradores dependientes, por ejemplo, el factor, el gerente, los directores de marketing, los directores de contabilidad...
- Los colaboradores autónomos prestan sus servicios al empresario en una relación de igualdad, sin subordinación al mismo. Generalmente son titulares de una empresa que presta sus servicios de colaboración al empresario mediante contratos mercantiles.
- Atendiendo a si la colaboración se presta desde dentro de la empresa o desde fuera de ella:
- Así, los colaboradores permanentes actúan desde dentro de la empresa. Son los

apoderados, factores... En ellos existe una relación de subordinación.

- Los colaboradores que ayudan a la empresa desde fuera, suelen coincidir con los colaboradores autónomos que, normalmente, son titulares de su propia empresa. Podríamos citar a los agentes o a los concesionarios.
- **Colaboradores dependientes con poder de representación.**

Son, en general, los que de modo permanente, desde dentro de la empresa, en régimen de dependencia y subordinación realizan o ayudan a realizar la actividad económica de la empresa, la posterior relación del empresario (en cuyo nombre y por cuya cuenta actúan) con el mercado o, incluso, ambas actividades.

Aquí estudiaremos el *factor* y el *factor notorio*, así como otros auxiliares. Es la denominación que les da el Código mercantil de 1885, pero que actualmente no se utiliza en el tráfico mercantil. Los factores son los actuales Directores generales, Gerentes, apoderados... Asimismo pasa con los *mancebos*.

Estas figuras se encuentran reguladas en los **arts. 281 y ss. Ccom**, con una terminología arcaica: *Otras formas del mandato mercantil*. Esta terminología además de arcaica es inexacta porque *factor* no es una forma de *mandato mercantil*, que hace referencia a un contrato más esporádico que permanente por el que encargamos hacer una acción a nuestro favor, y en cambio, *factor* es aquel que se ocupa habitualmente de las labores propias de un establecimiento mercantil.

El *gerente o factor mercantil* es el principal colaborador mercantil del empresario que, con carácter de apoderado general ha sido nombrado por el empresario para dirigir un establecimiento o sucursal. Lo decisivo del *factor* es el ámbito de facultades que tenga conferidas, que tienen que ser suficientes para administrar, dirigir y contratar sobre todo lo que constituye o forma parte del normal u ordinario giro y tráfico de su

empresa, de modo que si se limitaran excesivamente o se le privara de alguna de ellas, podría llegar a perder tal condición para convertirse en un *apoderado particular* o para actos concretos.

Hoy en día estamos hablando de un colaborador dependiente que se articulan por medio del Derecho laboral. Generalmente tienen una vinculación laboral especial regulada por el Real Decreto de 1 de agosto de 1985, de las Relaciones Laborales de Alta Dirección.

También se regulan en el Código de comercio, pero sólo los poderes de representación de esta persona para vincular al empresario con sus declaraciones de voluntad, actos, contratos..., en los arts 281 y ss. Ccom, principalmente en los 281, 3, 4, 5, 6, 7. el poder que recibe tiene que ser un poder general, es decir, un poder suficiente para actuar sobre el tráfico del establecimiento.

El Reglamento del Registro Mercantil, en su art. 94, cuando habla de la inscripción de los socios, o en su art. 87, deben constar los poderes generales otorgados como modifica... debe constar en escritura pública y debe ser inscrita en el Registro Mercantil. Pero en ocasiones, cuando el empleado es individual no podrá inscribir los poderes generales en el Registro Mercantil en virtud del principio del tracto sucesivo.

En ese poder general, su finalidad es dotar al factor de unas facultades amplias. Puede ser un poder general limitado, con más o menos facultades, porque el art. 283 dice que siempre no establezcamos tantas limitaciones que lo desvirtuemos.

Esas limitaciones, al estar inscritas en el Registro Mercantil afectan a terceros (según el efecto del principio de publicidad material) a la hora de contratar el factor con terceras personas.

Con todo, ha de estimarse posible (y el Código así lo admite, salvo lo que se dirá en el caso del factor notorio) introducir

limitaciones al poder de representación del factor, siempre que no se desnaturalice la figura (*con más o menos facultades* es la expresión empleada por el **art. 283 Ccom**).

Nada impide por otro lado, que el empresario confiera al factor *poderes más amplios que los indispensables para explotar el giro o tráfico de la empresa* (cfr. arts. 283 y 286 del C. de c.). Este sería el caso, por ejemplo, de que se le apoderase para comprar y vender inmuebles, para enajenar el establecimiento, liquidar o crear sucursales, o para vender o arrendar la propia empresa.

Por ello mismo, en las relaciones entre el empresario mercantil (individual o social) y el gerente, así como en su nombramiento, debemos distinguir dos sustratos diferentes, aunque íntimamente ligados entre sí:

RELACIÓN INTERPARTE O INTERNA (ESFERA).

Aquí el representante está obligado a cederle al representado los efectos beneficiosos del contrato y el representando igual recibe los efectos adversos y las reclamaciones de terceros.

La especialidad que tiene el factor es que necesariamente del derecho de actuar con la representación directa, contratando con *contemplatio domini*

Art.284 Ccom Los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales, y, en todo los documentos que suscriban en tal concepto, expresarán que lo hacen a poder o en nombre de la persona o sociedad que representen.

La consecuencia de esto se expresa en el artículo 285 del CCom;

Contratando los factores en los términos que previene el artículo precedente, recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones que contrajeren.

Cualquiera reclamación para compelerlos a

su cumplimiento, se hará efectiva en los bienes del principal, establecimiento o empresa, y no en los del factor, a menos que estén confundidos con aquéllos.

Este artículo 285 CCom; significa que si el factor contrata en nombre del empresario se establece que los derechos y obligaciones derivadas del contrato los asume el empresario representado y las reclamaciones del tercero no las sufre el factor, sino que se hacen al empresario representado.

· **La representación mercantil.**

Hay formas de *representación*, y por representación se entiende la capacidad de alguien (*representante*) de vincular con sus declaraciones de voluntad a una tercera persona (*representado*).

El origen de la representación puede ser diverso:

- *Legal*, como cuando una persona ostenta legalmente la representación de otra como, por ejemplo, cuando existe incapacidad.
- *Voluntaria*, como cuando una persona otorga un poder, que puede ser limitado, a otra para que le represente.
- *Orgánica*: en Derecho Mercantil es la representación que ostentan los administradores de una sociedad y la representan por ser órgano de la sociedad y, por tanto, expresan la voluntad de la sociedad. No está sometida a limitación.
 - Una misma persona puede ostentar tanto la representación voluntaria como la orgánica si el empresario da un poder general a uno de sus administradores. Entonces, esta persona ostentaría una doble fuente de representación, de modo que si dejara de ser administrador seguiría ostentando la representación voluntaria.

La representación, en el Derecho Mercantil, puede adoptar una doble forma:

REPRESENTACIÓN DIRECTA:

Esta se da cuando, una persona está autorizada para actuar en nombre de otra persona, y en interés y por cuenta de otra persona (forma como por poder mancebos, poder por representación.

Son expresiones normales.

Esta representación es en interés y por cuenta de otra persona, es la expresión con *contemplatio domini* y esta es la representación clásica.

Se refiere al carácter de representante del empresario que caracteriza al apoderado general o gerente (Art. 283 C. de c.);

Lo cual significa que ha de contratar en nombre de éste (*contemplatio dominio directa*) (Art. 284), de modo que, actuando de esa forma el factor, los resultados prósperos o ad-versos de sus actos y contratos realizados en nombre del empresario recaerán sobre éste, el cual deberá asumir las correspondientes obligaciones y soportar las reclamaciones contraídas por el gerente frente a terceros o formuladas por ellos (Art. 285 C. de c.).

REPRESENTACIÓN INDIRECTA:

Se da cuando quien actúa como representante lo hace en nombre propio aunque intentara y actúe en nombre de otra persona sin desvelarlo.

La representación directa y la indirecta son representaciones diferentes, porque en la representación directa quien actúa diciendo que es u representante los efectos del contrato y las obligaciones las asume el representado y no se puede exigir nada al representante (es una relación con el representado).

En la REPRESENTACIÓN INDIRECTA; Hay dos esferas de relación.

ESFERA O RELACIONES EXTERNAS DERIVADAS DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO.

Los derechos y obligaciones del contrato se establecen entre el representante y el tercero que contrató con él.

- **Consideración especial del factor: ámbito de su poder de representación y limitaciones del poder de representación frente a terceros.**
- **Representación directa e indirecta: efectos derivados de la *contemplatio domini* y régimen del factor notorio.**
- **Permanencia y revocación del poder.**
- **Normas sobre algunos apoderados singulares.**
- **Colaboradores autónomos (remisión).**

- **La regulación de la competencia económica.**
- **La Constitución económica.**
- **Concepto.**
- **El modelo económico en la Constitución española.**
- **Formación del derecho de la competencia.**
- **Evolución de las ideas en la teoría y en la política económica.**
- **La doble dimensión del Derecho de la competencia: vertiente institucional (defensa de la libertad de competencia) y vertiente jurídico-privada (defensa de la competencia leal).**
- **La libertad de competencia.**
- **Antecedentes.**
- **Régimen legal: Derecho comunitario y Derecho español.**
- **Régimen europeo de la competencia.**
- **Ámbito de aplicación del Derecho**

europeo y relaciones con el Derecho interno.

- **Conductas prohibidas.**
- Acuerdos, decisiones y prácticas colusorias: supuestos de autorización legal; autorizaciones individuales y por categorías.
- Abuso de la posición dominante y de situación de dependencia económica.
- Falseamiento de la competencia por actos desleales.
- **Procedimiento y órganos.**
- **Consecuencias de la infracción de las prohibiciones: sanciones civiles y administrativas.**
- **El control de las concentraciones: fuentes y procedimientos.**
- **El régimen de las ayudas públicas.**

- **La regulación de la competencia económica (continuación).**
- **Represión de la competencia desleal.**
- **Evolución histórica.**
- **Fuentes de la regulación de la competencia desleal en España.**
- **El bien jurídico protegido.**
- **El acto de competencia desleal: estructura.**
- **Ámbito de aplicación y elementos del ilícito concurrencial.**
- **La cláusula general.**
- **La tipificación de los actos de conducta desleal: actos contra un competidor determinado y contra el buen funcionamiento del mercado.**
- **Competencia desleal y publicidad comercial.**
- **Competencia desleal y signos distintivos.**
- **Competencia desleal y ordenación del comercio minorista.**
- **Acciones derivadas de la competencia desleal.**
- **Clases, legitimación, prescripción.**
- **Procedimiento.**
- **La publicidad comercial.**
- **Régimen jurídico.**
- **Publicidad ilícita.**

- Defensa ante la publicidad ilícita.

- La llamada propiedad industrial.
- Caracteres generales de la propiedad industrial.
- Modalidades.
- Funciones en el plano de la competencia.
- Derecho sobre los signos distintivos de la empresa.
- Concepto y función.
- Régimen jurídico.
- Las marcas.
- Concepto y clases.
- Signos que no pueden ser registrados como marcas.
- Adquisición del derecho sobre la marca: procedimiento registral.
- Contenido del derecho sobre la marca.
- Sistema de protección del titular del derecho sobre la marca.
- Transmisión y licencias.
- Extinción del derecho de marca: nulidad y caducidad de la marca.
- La marca comunitaria.
- El nombre comercial.
- Noción y función.
- Régimen jurídico.
- Conflictos entre derecho sobre marcas y derechos sobre el nombre comercial.
- El rótulo.
- Noción y caracteres.
- Régimen jurídico.

- La llamada propiedad industrial (continuación).
- Derechos sobre las invenciones industriales.
- Concepto y función.
- Naturaleza jurídica.
- Clases.
- Las patentes.
- Concepto y clases.
- Régimen jurídico: regulación nacional e internacional de las patentes.
- Requisitos de patentabilidad.
- Procedimiento de concesión.

- Efectos y protección del titular.
- Transmisión del titular de la patente: licencias contractuales; licencias obligatorias.
- Extinción: nulidad y caducidad.
- La patente comunitaria.
- Modelos de utilidad.
- Notas caracterizadoras.
- Régimen jurídico.
- Modelos y dibujos industriales.
- Notas caracterizadoras.
- Régimen jurídico.
- El secreto industrial.
- Concepto.
- Protección.
- El contrato de transmisión del know-how.
- La protección de los productos semiconductores.
- Denominaciones de origen.

- Teoría general de los títulos-valores.
- Consideraciones generales. Función económica y realidad presente.

El régimen general de la cesión de créditos está regulado en los **arts. 1526 y ss. Cciv** y en los **arts. 347 y 348 Ccom**, justo después de la regulación de la compra-venta.

La regla general es que todos los derechos de crédito son transmisibles (**art. 1112 Cciv**), aunque no tengan una existencia material, salvo algunas excepciones como, por ejemplo, el derecho de alimento (**art. 151 Cciv**), llamadas prohibiciones legales, o convencionales, cuando el acreedor y el deudor excluyen la cesión mediante lo que se llama *pactum de non cedendo*.

A esa transmisión de la titularidad de un crédito por su acreedor a otra persona se le denomina *cesión de crédito*, y puede responder a muy diferentes causas o finalidades

(contrato, donación, aportaciones sociales a una sociedad mercantil, etc). El régimen de la cesión de créditos (**arts. 1526 y ss. Cciv**) consiste:

- Para la cesión de crédito hace falta el acuerdo del acreedor cedente y del acreedor cesionario. No hace falta, en cambio, el consentimiento del deudor cedido.
 - ◆ Ahora bien, al deudor cedido hay que notificarle que se ha efectuado la cesión (para que sepa quién es su nuevo acreedor), ya que si paga al antiguo acreedor cedente antes de que se le avise de la cesión habrá pagado bien y quedará liberado de su obligación (**art. 1527 Cciv**).
 - ◆ El cedente del crédito responde frente al cesionario de la existencia y legitimidad del crédito cedido (**art. 1529 Cciv y art. 348 Ccom**).
 - ◇ Si resulta que el crédito no existía, o que el cedente no era su verdadero titular, o no tenía la facultad de disponer del mismo, la cesión será nula. En este caso, el cesionario tiene el derecho a que el cedente le devuelva la prestación que en su caso hubiera realizado a cambio de la cesión, y tiene también derecho a una indemnización por daños y perjuicios. Pero la transmisión del crédito (que es lo que perseguía el cesionario) no llega

a producirse porque el cedente no puede transmitir aquello que no tiene.

◊ El cedente no responde frente al cesionario de la solvencia del deudor cedido (**art. 1529 Cciv** y **art. 348 Ccom**).

- Como excepción, el cedente sí que responde de la solvencia del deudor cedido cuando así se hubiera pactado, o cuando la insolvencia del deudor fuera anterior a la cesión, y pública.

- Como consecuencia de la cesión, el cesionario pasa a ocupar exactamente la misma posición frente al deudor cedido que tenía el cedente.

- Por un lado ello supone que el crédito

se
transmite
con
todas
sus
privilegios
y
garantías
accesorias
como,
por
ejemplo,
la
fianza
(**art.
1528
Cciv**).

- Por otro lado supone que el deudor puede oponer al cesionario no sólo las excepciones objetivas (las que tienen que ver con el mismo derecho de crédito), sino también las excepciones personales que tenía contra

el
cedente
con
anterioridad
a la
notificación
de
la
cesión.
Un
ejemplo
de
excepción
objetiva
sería
la
falta
de
vencimiento
del
crédito,
y de
excepción
personal,
la
compensación
de
créditos
o la
excepción
de
contrato
no
cumplido.

- Dentro
de
la
categoría
de
las
excepciones
personales,
entran
también
las
que
se
deriven
del
desarrollo
del
contrato

entre
el
cedente
y el
deudor
cedido,
si el
crédito
se
derivaba
de
un
contrato.

El
cesionario
tiene
que
soportar
tres
importantes
riesgos:

- Riesgo
de
que
el
cedente
no
sea
titular
del
crédito,
o
no
pueda
transmitirlo.
- Riesgo
de
insolvencia
del
deudor
cedido.
- El
riesgo
que
supone
la
oponibilidad
de
todo
tipo

de
excepciones
por
el
deudor
cedido.

Por
lo
tanto
el
régimen
de
la
cesión
de
créditos
es
muy
desfavorable
para
el
cesionario.
Además
tampoco
es
favorable
para
los
cedentes
del
crédito,
y
ello
porque
van
a
tener
dificultades
para
movilizar
su
crédito
y
negociar
con
él.
También
es
desfavorable
para
los

propios
deudores,
porque
si el
acreedor
tiene
dificultades
para
movilizar
su
crédito
y
no
puede
negociar
con
él,
lo
normal
será
que
le
exija
unos
intereses
superiores.

En
definitiva
el
régimen
de
la
cesión
de
créditos
del
Código
civil
no
favorece
estas
cesiones
como
sería
deseable
en
una
Economía
de
Mercado.

Ello
se
explica
por
razones
históricas:
el
Código
civil,
de
finales
del
s.
XIX,
tiene
una
visión
estática
de
la
riqueza,
se
preocupa
de
proteger
la
propiedad
y la
titularidad
de
los
derechos,
pero
no
se
preocupa
tanto
de
facilitar
su
transmisión.
Eso
en
un
momento
social
como
el
S.
XIX
podría
ser

admisible,
pero
en
un
sistema
de
Economía
de
Mercado
como
el
actual
resulta
negativo.

Por
otro
lado,
además
de
todos
los
inconvenientes
que
presenta
este
régimen,
hay
que
decir
que
también
el
régimen
de
ejercicio
de
los
derechos
de
crédito
ofrece
problemas
que
pueden
impedir
un
funcionamiento
ágil
de
las
operaciones

comerciales.
Ello
por
dos
motivos:

- Porque el acreedor tiene que probar que es titular de ese derecho cuando va a ejercitarlo (lo que no siempre es fácil).
- El deudor se libera solamente si paga a quien es el verdadero titular de ese derecho.

Precisamente para superar todos los inconvenientes y todos

los
riesgos
que
presenta
el
régimen
de
cesión
y de
ejercicio
de
los
créditos
es
para
lo
que
han
surgido
los
títulos–valor

Los
títulos–valor
son
unos
documentos
a
los
que
se
les
incorpora
un
derecho
de
crédito,
gracias
a lo
cual
la
transmisión
no
se
realiza
según
el
régimen
ordinario
de
la
cesión

de
créditos,
sino
mediante
el
régimen
especial
de
los
títulos-valor
que
sí
fomenta
facilita
el
ejercicio
y la
transmisión
de
los
derechos
que
a
ellos
se
incorporan.
Ejemplos
de
títulos-valor
son
la
letra
de
cambio,
el
pagaré,
el
cheque,
las
acciones
de
una
Sociedad
Anónima
cuando
se
representan
mediante
títulos,
las
obligaciones
el

conocimiento
de
embarque
(que
se
emite
en
los
contratos
de
transporte
marítimo)
y
los
resguardos
de
almacenes
generales
de
depósito
(que
se
emiten
con
ocasión
de
un
contrato
de
depósito
en
estos
almacenes).

En
derecho
español
no
existe
una
regulación
general
aplicable
a
todos
los
títulos-valores
sino
que
solamente
hay
normas

sobre
algunos
títulos–valor
en
concreto.
Por
ejemplo,
la
letra
de
cambio,
el
pagaré
y el
cheque
están
regulados
por
la
Ley
19/85,
de
16
de
julio,
Cambiaria
y
del
Cheque
(LCCh),
las
acciones
están
reguladas
en
la
Ley
de
Sociedades
Anónimas
de
1989...

A
partir
de
estas
regulaciones
específicas,
la
doctrina
y la

jurisprudencia
han
ido
deduciendo
los
principios
y
propiedades
generales
de
los
títulos–valores
y
han
construido
la
*Teoría
General
de
los
Títulos–valores*
La
*Teoría
General
de
los
títulos–valores*
sirve
fundamental
para
interpretar
y
para
completar
las
lagunas
que
presentan
las
normas
sobre
títulos–valores
y
también
para
ser
aplicada
a
los
títulos–valores
no
regulados

o
que
puedan
surgir
como
novedad
en
la
práctica.

En
cuanto
a la
realidad
presente,
hay
que
decir
que
en
la
actualidad
se
presenta
una
cierta
crisis
de
los
títulos-valor.
Ello
significa
que
algunos
de
ellos
se
utilizan
menos
que
en
otras
épocas
(por
ejemplo,
la
letra
de
cambio);
y
hay
también

títulos–valor
sobre
todo
los
emitidos
en
serie,
que
están
siendo
sustituidos
por
otras
formas
de
representación
de
los
derechos,
como
puedan
ser
las
anotaciones
informáticas
en
cuenta.

- **Concepto
y
propiedades
normativas
de
los
títulos–valor**
- **Propiedades
normativas
de
los
título–valor**
- Legitimación
por
la
posesión.

Esta
propiedad
tiene
que
ver
con
el

acto
de
exigir
el
derecho
de
crédito
y
supone
que
los
títulos-valores
son
unos
instrumentos
de
prueba
que
simplifican
el
ejercicio
de
los
derechos
que
están
incorporados
al
documento.

Esta
propiedad
tiene
un
doble
aspecto:

- Aspecto activo.
En
el
caso
de
la
cesión
ordinaria
de
créditos,
el
acreedor
debe
probar

que
efectivamente
es
el
titular
del
crédito
por
cualquiera
de
los
medios
admitidos
en
derecho.
Los
títulos–valores
simplifican
el
ejercicio
del
derecho
porque
se
presupone
que
el
poseedor
del
título
es
el
titular
del
derecho
y se
encuentra
legitimado
para
exigir
la
prestación
correspondiente.
Deberá
ser,
en
su
caso,
el
deudor
quien
demuestre

que
el
poseedor
del
documento
no
es
el
verdadero
titular
del
derecho
(por
lo
tanto
existe
una
inversión
de
la
carga
de
la
prueba
que
beneficia
al
acreedor).

◆ El
régimen
de
los
títulos
se
asemeja
al
de
los
bienes
muebles
porque
según
el
art.
448
Cciv
se
presume
que
el
poseedor
de

una
cosa
mue
es
su
prop
o
titul
Este
aspe
activ
de
esta
prop
se
reco
para
la
letra
de
cam
en
el
art.
19.1
LCC

- ◆ Aho
bien
en
relac
con
esta
prop
de
la
legit
por
la
pose
hay
que
disti
tres
clase
de
título
valo
- ◆ *Títu*
al
port
en
los

que
se
encu
legit
para
exig
la
pres
el
merc
pose
del
docu
o
titul
♦ *Títul*
a
la
orde
en
los
que
está
legit
tamb
el
pose
del
títul
siem
que
ader
apar
su
nom
en
el
docu
com
prim
tene
o
al
final
de
una
cade
regu
de
trans
que
se

denc
endc
♦ *Títul*
nom
(o
dire
en
los
que
está
legit
tamb
quíe
pose
el
docu
y
ader
vien
desig
en
el
títul
com
acre
Esto
títul
se
difer
de
los
títul
a
la
orde
porq
no
son
endc
♦ *Aspe*
pasiv
Desc
la
pers
del
deud
esta
prop
le
supo
que
quec

liber
de
su
oblig
si
paga
a
la
pers
que,
según
el
título
se
encu
legiti
para
exig
la
pres
Este
efec
de
liber
del
deud
sólo
tiene
luga
si
el
deud
actú
de
buen
fe.

