

TEMA 1

CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL

1. Dualismo del derecho patrimonial privado español.

A) El derecho mercantil en la clasificación del derecho objetivo.

La clasificación tradicional del derecho objetivo en público y privado responde a una división de la realidad social en dos grandes sectores: delimitado por el estado y los entes que lo integra y el segundo, delimitado por la persona.

Dentro del derecho privado, se define como derechos patrimoniales aquella parte reguladora de la persona como sujeto de la economía y de sus relaciones en el ejercicio de actividades económicas. La esfera patrimonial constituye una proyección de la persona en el sistema económico.

El derecho privado patrimonial se presenta dividido en dos ramas: el derecho civil patrimonial que constituye la base o tronco de todo el derecho patrimonial privado y el derecho mercantil que es una rama especial para regular una concreta materia.

B) Origen y evolución histórica.

La aplicación del método histórico al estudio del derecho mercantil demuestra: a) que no siempre ha existido un derecho mercantil como rama especial del derecho privado patrimonial y b) que, cuando existe, la delimitación de su materia no siempre responde a los mismos criterios.

La dualidad en el derecho patrimonial privado español tiene su origen histórico en la baja edad media. El derecho romano no conoció un derecho mercantil como rama especial del privado. Se produjo como consecuencia de la inadaptación del viejo *ius civile*, heredado de Roma, a una nueva realidad patrimonial.

Frente al sistema feudal, la ciudad medieval surge como centro de vida política y de organización social, basada en el trabajo libre, y de una economía caracterizada por el auge del comercio, actividad profesional de pura intermediación lucrativa en la circulación de bienes muebles, que utiliza como instrumentos el dinero y el crédito.

Su nombre (mercantil) se identifica con la materia inicialmente regulada (el comercio) y esta se delimita con un criterio fundamentalmente subjetivo, acorde con el carácter profesional de la actividad que constituye su objeto. El derecho mercantil surge históricamente como el derecho de una clase de personas (los mercaderes) en el ejercicio de su actividad profesional (el comercio). Fueron los mercaderes los que crearon su propio derecho especial adaptando sus reglas a las exigencias de la materia regulada (rapidez y rigor).

La materia propia del derecho mercantil y la razón del nacimiento de este explican que en su origen tuviese un carácter consuetudinario y corporativo.

Este panorama histórico cambia en la edad moderna con la aparición de los Estados nacionales y de nuevas realidades económicas.

En lo político, y la afirmación de la soberanía en las monarquías absolutas refuerza el papel de la ley como fuente del derecho, frente a la costumbre. El derecho mercantil pierde progresivamente consuetudinario y pasa a ser recogido en cuerpos legales sancionados por el monarca.

En lo económico, el espíritu de iniciativa propio del renacimiento y los grandes descubrimientos geográficos, a partir de fines del siglo XV, provocan una expansión de la actividad mercantil. El estado asume la regulación y control del comercio ("mercantilismo") y otros protagonistas (nobles, clérigos), se interesan en actividades antes reservadas a los mercaderes.

En la edad contemporánea, la caída de la monarquía absoluta y los principios que inspiran la revolución francesa (1789) señalan una nueva etapa en el desarrollo del derecho mercantil.

Libertad e igualdad son postulados opuestos al mercantilismo de estado y a la organización estamental de la sociedad. La libre y el libre acceso a las actividades económicas hacen desaparecer los gremios y corporaciones profesionales. La igualdad que todos los ciudadanos ante la ley se opone a la concepción de un derecho especial.

El triunfo de los principios revolucionarios no va a suponer, sin embargo, y la desaparición del derecho mercantil, sino su estructuración sobre nuevas bases, que encuentran pronto formulación positiva en los códigos del siglo XIX.

La codificación napoleónica consagra en cuerpos legales separados el dualismo del derecho patrimonial privado y la configuración del derecho mercantil como especial, frente al común o civil. Pero para delimitar la materia mercantil no servía ya el criterio subjetivo del ancien régime; Napoleón intentó sustituirlo por un criterio fundamentalmente objetivo, basado en el "acto de comercio", con independencia de la condición personal de quien lo realice y de su carácter profesional o aislado.

En el modelo napoleónico se inspiraron los dos códigos de comercio promulgados en España: el de 1829, bajo el reinado de Fernando VII y el vigente de 1885, bajo el de Alfonso XII. En 1889, bajo la regencia de la Reina Cristina, se promulgó el código civil, en el que se recoge el derecho patrimonial privado común. Se reflejó así en nuestra codificación el dualismo, común y especial, del derecho privado.

C) Situación actual del derecho patrimonial privado español .

La dualidad del derecho patrimonial privado ha sido recogida por la constitución española de 1978, al establecer en su título VIII de las relaciones entre los ordenamientos estatales y autonómicos, reserva a la competencia exclusiva del estado la "legislación mercantil" "legislación civil", esta última "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan" (artículo 149,1. 6ª y 8ª CE).

La constitución consagra la unidad para todo el territorio nacional del derecho patrimonial privado especial.

En la vigente CE la nota de unidad del derecho mercantil, más fuerte que la del civil, atenuada por la admisión de las particularidades forales. El carácter unitario del ordenamiento patrimonial privado especial de producción legislativa deriva del principio de "unidad del mercado", implícito en la CE.

conclusión: reservar en exclusiva al estado toda la legislación privada mercantil, en los diversos grados de regulación, desde lo básico hasta su desarrollo y ejecución; Desde la ley formal al reglamento.

2. La "legislación mercantil": actos de comercio, tráfico empresarial y derecho del mercado.

La expresión "legislación mercantil" deja abierto el problema de delimitación de la materia regulada, el sector concreto de la realidad social que constituye el ámbito de aplicación de las normas "mercantiles".

Examinaremos los criterios utilizados en el derecho español para acotar esta materia.

A) Los actos de comercio.

El código de comercio de 1885, vigente, siguió el modelo del derecho francés y adoptó el criterio objetivo de "acto de comercio". El código considera indiferente para la calificación de un acto de comercio de la condición de la persona que lo realice.

Pero el código de comercio no define ni enumera los "actos de comercio"; se limita a remitirse al contenido de su articulado y a extender la calificación en virtud de un criterio de analogía.

La diversidad de los datos que el código de comercio utiliza para diferenciar los actos de comercio de los actos civiles y frecuente recurso que, en contradicción con lo establecido en el artículo 2º, hace a la presencia de un comerciante para que el acto sea reputado "de comercio", dificultan la inducción de un concepto de "acto de comercio" y la aplicación de la fórmula analógica del artículo 2º.

El contenido del código de comercio revela que la materia mercantil no se encuentra acotada sólo por el criterio objetivo del acto de comercio, sino también por el subjetivo del comerciante y de su "estatuto".

B) El tráfico empresarial.

Las dificultades del criterio jurídico-formal utilizado por el código de comercio para delimitar la materia mercantil han llevado a otros más acordes. A esta orientación metodológica corresponde el criterio de "tráfico empresarial".

Sirve de base a este criterio el concepto económico de empresa, como organización de capital para la producción o el cambio de bienes o servicios. El titular de una empresa realiza en el mercado una actividad profesional, un "tráfico", consistente en la repetición masiva y seriada de los actos que constituyen el objeto de su empresa. La persona titular y el tráfico se identifican a sí con el sector de la realidad social que reclama una regulación especial. El derecho mercantil es, por tanto, el derecho privado de los empresarios y del tráfico empresarial.

Aunque esta concepción no coincide con la mantenida por nuestra ley mercantil y no puede ignorarse que existen empresarios y tráfico empresarial no sometidos a las normas de derecho mercantil, va penetrando progresivamente en nuestra legislación, adelantada por la labor de la doctrina y jurisprudencia.

El concepto de "empresario" se introduce en las modificaciones operadas en el código de comercio. En la noción de "tráfico empresarial" inspira toda la moderna legislación mercantil en materia de Banca, seguros, transporte y otras actividades económicas.

En esta noción se inspira también la jurisprudencia del tribunal constitucional: "habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales [...], el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil [...] y los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar".

C) El derecho del mercado.

Un criterio más hace coincidir el mercado con la materia propia del derecho mercantil. El concepto económico de Mercado (ámbito en el que se cruzan oferta y demanda para la colocación y adquisición de bienes y servicios) sirve de base a esta noción, según la cual el derecho mercantil es el derecho patrimonial privado especial que regula las relaciones que se desarrollan en el mercado entre sus diversos operadores, profesionales o no. La extensión del concepto es evidente, en cuanto no sólo contempla el tráfico empresarial, sino la presencia de otros operadores del mercado y, en particular, de los consumidores. Se desprende así el derecho mercantil de su carácter de derecho de clase, profesionales, subjetivo.

Esta concepción va penetrando con fuerza en la moderna legislación española. En el modelo económico de la

constitución española, la libertad de empresa se reconoce "en el marco de la economía de mercado" (artículo 38) y se garantiza "la defensa de los consumidores y usuarios" (artículo 51). En cumplimiento de este precepto, la ley 26/1984, de 19 de julio, expresa en su exposición de motivos que la protección de consumidores y usuarios es materia cercana o conexas a otros ámbitos competenciales, tales como "la legislación mercantil"

Una visión global del mercado luce en el moderno derecho de la competencia y, en la ley 3/1991, 10 de enero, sobre competencia desleal, cuyo artículo 1º que señala como objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado.

Estas muestras de la moderna legislación española prueban la evolución del derecho mercantil hacia un derecho patrimonial privado regulador de las relaciones jurídicas en el ámbito económico del mercado.

En definitiva, esta expansión del derecho mercantil es muestra del fenómeno que se ha denominado "comercialización del derecho privado". En rigor, la "comercialización" del derecho privado responde a causas diversas: de una parte, al propio crecimiento real del sector considerado, tradicionalmente, mercantil; de otra, a la anexión de sectores, antes no incluidos en la materia mercantil. La consecuencia es que principios nacidos originariamente como "especiales" para regular una concreta materia tienden a convertirse en "comunes".

3. Contenido del derecho mercantil.

El concepto del derecho mercantil ha de formularse en función de estos datos: el carácter de sus normas y en el ámbito de su materia.

Respecto al carácter de sus normas, el derecho mercantil se incluye con en el derecho privado como rama especial; respecto del ámbito de su materia, el sector de la realidad patrimonial regulado por sus normas ha de estructurarse en torno a la empresa como organización económica. No quiere esto decir que el derecho mercantil sea el derecho de la empresa. Normas de derecho patrimonial privado común, o de derecho público económico, o de derecho del trabajo, inciden en el ámbito de la empresa, y no son mercantiles. La empresa no constituye, pues, contenido exclusivo del derecho mercantil, ni éste penetra en el ámbito interno de su organización.

El valor de la empresa para el derecho mercantil no es el propio de su contenido, sino el de concepto previo de la referencia, que sirve como dato calificador de su titular (el empresario) y de su actividad externa (el tráfico empresarial). Éstos sí integran el contenido propio del derecho mercantil.

Sobre esta base puede estructurarse un concepto de derecho mercantil y una ordenación sistemática de su contenido.

La exposición didáctica del derecho mercantil a que parte, pues, del carácter de sus normas y de sus fuentes de producción.

La empresa constituye el concepto previo y ordenado del contenido de derecho mercantil, calificador que su titular y de su actividad externa.

En cuanto al empresario, el estudio debe comprender sus clases, sus auxiliares y su estatuto, así como los derechos de propiedad industrial e intelectual.

En cuanto a la actividad externa de la empresa, la exposición sistemática se articula en los instrumentos y cauces jurídicos a través de los cuales se realizan, fundamentalmente, los valores y los contratos y obligaciones.

Finalmente, su carácter propio de situaciones de crisis aconseja llevar al final del tratamiento el estudio del derecho concursal mercantil.

Esta ordenación sistemática permite incluir en los respectivos apartados las especialidades propias del derecho mercantil de la de la navegación, sin necesidad de un tratamiento separado y sin perjuicio de la cuestión conceptual planteada en torno a la autonomía de éste.

4. El derecho mercantil internacional.

La tendencia a la uniformidad ha sido una nota característica del derecho mercantil. Es lógico que un derecho llamado a regular relaciones que traspasa las fronteras políticas tienda a la homogeneidad. Pero esta tendencia no siempre ha acusado la misma intensidad. Muy marcada en su origen se debilitó a partir de la aparición de los Estados nacionales y de refuerzos de la ley como fuente prioritaria del derecho, que desembocó en las diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales.

Esa diversidad plantea graves problemas del tráfico mercantil internacional. Estos problemas no se resuelven satisfactoriamente a través de las llamadas "normas de conflicto", con las que cada ordenamiento nacional señala cuál es el derecho aplicable a una concreta relación jurídica internacional. Las diferencias entre "normas de conflicto" acusan también el problema que pretenden remediar.

Se exigen la superación de las diferencias nacionales. A esta exigencia se responde con diversas soluciones:

1ª La unificación de las normas de conflicto. Este método, aplicado fundamentalmente por la conferencia de La Haya, se limita a establecer criterios uniformes en la remisión al derecho nacional aplicable.

2ª La "nueva lex mercatoria". Se conoce con este nombre un conjunto de reglas, de formación autónoma, creadas por los propios sectores interesados en el tráfico mercantil internacional, que tiende a superar las diferencias entre derechos nacionales y a dar solución uniforme a los conflictos jurídicos que surgen en este tráfico.

Pero la llamada "lex vejatoria" no es de ley se trata, generalmente, de reglas de origen convencional, que basan su fuerza de obligar a la autonomía de la voluntad de las partes.

3ª Los tratados y convenios internacionales. La solución al problema se busca por la vía de actos estatales soberanos.

En la preparación de los proyectos para estos instrumentos internacionales de unificación del derecho mercantil trabajan varios organismos especializados, como el instituto internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), el comité marítimo internacional (CMI) y la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional (UNCITRAL o CNUDMI). Esta última, tiene como misión fomentar la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil.

4ª La integración de Estados en áreas supranacionales. La superación de los nacionalismos través de instancias comunitarias o unitarias produce la consecuencia de la unificación o armonización de los derechos internos de los Estados miembros.

La tendencia unitaria tiene, también en estos casos, origen en tratados internacionales, pero su desarrollo y consecuencias alcanzan mayor profundidad que en los anteriores. La incorporación a los derechos nacionales de los Estados miembros de normas emanadas de fuentes supranacionales, de aplicación directa, produce un efecto unificador que excede del obtenido a través de los puros instrumentos jurídicos internacionales. Otra cosa es la mera armonización conseguida en virtud de tratados internacionales o de adaptación de las normas internas a las reglas establecidas por las instancias supranacionales en que; pero la unificación a que da origen

y la integración en estas constituye actualmente el más avanzado estadio evolutivo del derecho mercantil, superado de las diferencias entre ordenamientos y de los tradicionales mecanismos del derecho internacional.

Es el caso de la comunidad Europea.

5. El derecho mercantil y la comunidad económica Europea.

La adhesión de España a las comunidades europeas (CEE, CECA y CEEA) ha supuesto importantes consecuencias para el derecho mercantil. Los "fundamentos de la comunidad", basados en la libre circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales, así como las normas sobre la competencia aplicables a las empresas, suponen la creación de un mercado "común", que el acta única, de 1986, orientó hacia un "mercado interior", o el espacio sin fronteras, con establecimiento pleno al 31 de diciembre de 1992. el tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, culmina la unión económica y monetaria y abre una nueva etapa en el proceso creador de una unión europea.

Desde su origen, el ámbito comunitario europeo reclama un nuevo derecho, que el artículo 100 del tratado contempla con una "aproximación" de los derechos nacionales de los Estados miembros. Así, se ha ido formando el llamado "acervo comunitario", constituido por normas jurídicas emanadas de las fuentes propias de la comunidad. Algunas de ellas, constitutivas de la normativa a "primarias", se integran en los derechos nacionales y son directamente aplicables en los Estados miembros; otras, de normativa "secundaria", imponen la obligación de los Estados miembros de adaptar su legislación a las reglas comunitarias.

La ley 47/1985, de 27 de diciembre, delegó en el gobierno las facultades necesarias para la aplicación en España del derecho comunitario, que comprenden tanto en las de adecuar a éste las materias reguladas por ley como las de promulgar las normas legales exigidas por el desarrollo de las normas comunitarias.

En uso de esta delegación, el gobierno ha dictado diversos reales decretos legislativos. Pero las más importantes modificaciones en materia de derecho mercantil se han introducido por ley ordinaria. Así, la ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades, por la que se modifican determinados artículos de código de comercio, se derogan otros se da nueva redacción a la LSA y a varios artículos de la entonces vigente ley de sociedades de responsabilidad limitada de 17 de julio de 1953, entre otras disposiciones.

La disposición final de la ley 19/1989 autorizó al gobierno para elaborar y aprobar, mediante decreto legislativo, un texto refundido que de la LSA.

Posteriormente, se han producido en nuestro derecho cambios legislativos para su adaptación a directivas comunitarias tan importantes como los introducidos en materia de seguros; en materia de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; en la regulación del contrato de agencia; y en la disciplina del crédito al consumo por la ley (sobre sociedad unipersonal, sobre cuentas anuales y consolidadas, sobre autocartera indirecta, en materia de condiciones generales de la contratación); en materia de mercados de valores.

En definitiva, el tratado de adhesión a las comunidades europeas obliga al estado español al reconocimiento de un derecho, emanado de fuentes supranacionales, que se sitúa por encima de la soberanía del parlamento que o bien resulta de aplicación directa en España, o impone la promulgación de normas nuevas o modificadoras de otras preexistentes para su adaptación a las reglas comunitarias.

Este proceso representa una nueva fase en la evolución histórica de nuestro derecho: si, como hemos visto, la nota de la uniformidad se debilitó con el reforzamiento de la soberanía de los Estados nacionales, actualmente se fortalece con una cesión de la soberanía de los Estados miembros a favor de las instancias comunitarias.

La CE prevé (artículo 93) La autorización, mediante ley orgánica, de tratados "por los que se atribuya una

organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la constitución" y encomienda a "las cortes generales o al gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión". Este ha sido el camino seguido para la adhesión de España a las comunidades europeas: una cesión de competencias soberanas en el ejercicio de la potestad legislativa del estado. El resultado de la integración en una mayor uniformidad entre los derechos de los Estados miembros, superadora de las diferencias nacionales.

Fin tema 1.

TEMA 2

FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

6. Las fuentes del Derecho mercantil.

A) Introducción. Significación de las fuentes del derecho mercantil.

El artículo 2 del código de comercio dispone que "los actos de comercio [...] se regirán por las disposiciones contenidas en el; por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común". En una primera aproximación puede pensarse que este precepto establece las fuentes formales del derecho mercantil. Sin embargo, el artículo 2 del código de comercio no contiene una relación de fuentes propias del derecho mercantil y diversas de las del derecho común.

Las fuentes formales y su ordenación jerárquica se determina en el artículo 1 del código civil con carácter general para todas las ramas del derecho: "Las Fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

El artículo 2 del código de comercio no puede interpretarse, en consecuencia, como continente de una doctrina propia de fuentes, sino como una norma dirigida a ratificar la primacía de aplicación del derecho especial sobre la materia que le es propia. El derecho mercantil, como derecho especial de la materia mercantil, es de aplicación prioritaria en esa materia. El derecho civil, como derecho común, se aplicará a la materia mercantil en defecto de disposiciones especiales para esa materia.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 2 del código de comercio dispone lo siguiente:

- a) El derecho mercantil es el derecho especial de la materia mercantil y como tal su aplicación precede, con relación a esa materia, al derecho civil o común.
- b) El derecho civil o común no es fuente del derecho mercantil, sino un conjunto normativo general que se aplica a la materia mercantil en caso de ausencia de normas especiales establecidas para esta materia.
- c) Tanto uno como otro se manifiestan a través de las fuentes formales establecidas con carácter general en el artículo 1 del código civil: ley y costumbre.
- d) Naturalmente, el contenido de esas fuentes es diferente según el ordenamiento en el que actúan. La diferencia es meramente de contenido: la primera fuente del derecho mercantil es la ley, y la fuente subsidiaria la costumbre mercantil (o uso del comercio); en el derecho civil o común, la primera fuente es la ley civil y la subsidiaria la costumbre civil

En consecuencia, las fuentes del derecho mercantil son la ley mercantil y los usos del comercio (o costumbre mercantil).

B) La aplicación del derecho común a la materia mercantil.

El derecho común no es fuente del derecho mercantil, sino un derecho diverso, que tiene carácter de derecho supletorio o subsidiario respecto a la materia mercantil.

El derecho común es derecho supletorio del derecho mercantil: en ausencia de normas específicas mercantiles son de aplicación las normas comunes o civiles.

En el artículo 2 del código de comercio y la aplicación a la materia mercantil de las normas de derecho común sólo puede producirse en caso de inexistencia de norma especial mercantil (legal o consuetudinaria) estable.

Esta precedencia absoluta del derecho mercantil escrito y consuetudinario sobre el derecho común parece tener excepciones.

Sin embargo, ha de advertirse que el artículo 50 del código de comercio, a cuyo tenor "los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirá en todo lo que no se halle expresamente establecido en el código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común", establece una excepción a lo dispuesto en artículo 2 del código de comercio en cuanto supone, en defecto de ley mercantil, la aplicación prioritaria del derecho común sobre el derecho mercantil consuetudinario; no se incluye el contenido de los contratos.

Por último, de indicarse que la expresión "derecho común" hace referencia al derecho general por razón de la materia, y no al derecho general por razón del territorio, porque sólo en su primera acepción se contrapone al derecho especial, ya que su contrario sería el derecho territorial, aplicable no en todo el territorio del estado, sino sólo en ciertas zonas.

En consecuencia, el derecho común ha de entenderse como sinónimo del derecho civil. Las consecuencias prácticas de la construcción adoptada son importantes: el código civil es el representante paradigmático del derecho civil de aplicación general en todo el territorio del estado, pero, a su lado, integran también el derecho civil de los derechos forales, que son derecho civil particular por razón de su ámbito territorial de aplicación.

7. Las leyes mercantiles.

Como se ha señalado, la primera fuente del derecho mercantil es la ley mercantil. Cuando el artículo 2 del código de comercio establece que la materia mercantil se regirá "por las disposiciones contenidas en él", no puede referirse exclusivamente al código de comercio, sino a cualquier ley específicamente aplicable a la materia mercantil. La normativa mercantil codificada (código de comercio) es la ley más importante de nuestro derecho mercantil, pero no la única y tampoco la más representativa de sus nuevas tendencias. La ley comprende toda norma estatal escrita, cualquiera que sea su rango jerárquico, así que la ley mercantil encierra toda norma estatal escrita, codificada o no, dirigida a normar materia mercantil. En consecuencia, bajo la expresión de ley mercantil se incluyen disposiciones legales y disposiciones administrativas de carácter general.

A) El código de comercio.

El código de comercio vigente fue aprobado por Real decreto de 22 de agosto de 1885 y entró en vigor el 1 de enero de 1886, sustituyendo al primer código de comercio español (de 1829, llamado de Sainz de Andino). Concebido como mecanismo para completar y actualizar el anterior código, su proceso de elaboración fue lento y complejo.

El código de comercio contiene 955 artículos distribuidos en cuatro libros.

En relación con su antecedente ofrece similar estructura y un contenido más rico; así colma las lagunas del código de comercio anterior e integra muchas de las leyes especiales que se habían promulgado tras éste. A pesar de ello, el código de comercio de 1885 supone un menor progreso que el que significó, en su momento, el anterior de 1829, y frente a las positivas valoraciones, nacionales y extranjeras, que este recibió, aquél ha sido objeto de duras consideraciones críticas.

El código de comercio nació ya viejo y atrasado, con una evidente incapacidad para satisfacer las necesidades de su época, con lagunas importantes y desconocimiento de las realidades empresariales y técnicas incluso de su época. Por otra parte, desde un punto de vista técnico, el código de comercio presenta una concepción excesivamente contractualista y una sistemática simplista con instituciones fuera de lugar. En último lugar concibe el derecho mercantil como derecho de los actos de comercio, y sin definir ni relacionar esos actos, con lo que refleja una concepción cuya aplicación resulta difícil y complicada; al tiempo, el influjo del liberalismo que le proporcionan el decreto de 1869 provoca reflejos indeseados en el carácter de algunas disposiciones.

A todo esto hay que añadir la profunda alteración de las constancias técnicas, empresariales y sociales que se han producido en los momentos presentes, acompañada arrastrada por la superación del conjunto de ideas en que se basó el código de comercio en un complejo de valores diversos que se reflejan en la constitución española y que dan lugar a un sistema económico de economía social de mercado. El código de comercio se revela como un instrumento normativo no idóneo para satisfacer las necesidades actuales.

La indispensable cobertura de las lagunas e insuficiencias del código de comercio, la imprescindible actualización y apertura de la normativa mercantil a las nuevas realidades la insoslayable necesidad de coordinación y coherencia de esa normativa a los valores ideológicos, políticos, económicos y sociales, hoy reconocidos, que reflejan la tendencia socializadora de un nuevo derecho, se ha venido realizando y se está produciendo a través de la impresionante proliferación de lo que se denominan leyes mercantiles especiales.

B) Leyes mercantiles especiales.

Las leyes y disposiciones de rango inferior que se han promulgado materia mercantil son tan abundantes que su relación es imposible. Su número es, además, constantemente creciente. No obstante, puede ser útil su clasificación conforme al criterio de su relación con el código de comercio, que es el referente obligado:

1º Disposiciones que regulan materias contenidas en el código de comercio desarrollando sus previsiones.

2º Disposiciones que modifican preceptos del código de comercio. En múltiples ocasiones los artículos del código de comercio han sido objeto de reforma, de manera que su redacción vigente no es la original.

3º Disposiciones que derogan preceptos del código de comercio sustituyendo así su regulación sobre las materias afectadas por leyes especiales, de manera que si antes se hallaba su regulación en el código de comercio, ahora se encuentra fuera de él en leyes especiales.

4º Disposiciones sobre materias que el código de comercio no regula. Ciertas instituciones fueron desconocidas por el código de comercio, o fueron remitidas por él a leyes que habrían de dictarse y están actualmente disciplinadas por leyes especiales.

Como puede comprobarse la copiosidad de estas leyes mercantiles supone que el código de comercio pueda calificarse como la ley mercantil más importante cada vez en menor grado, puesto que materias tan esenciales al tráfico económico no encuentran su normación en él, sino en leyes especiales al margen del mismo. En efecto, esta legislación especial, que, a su vez, se modifica y actualiza constantemente muestra un fenómeno consistente en un continuo vaciado de contenido del código de comercio, que, así, pierde fuerza y protagonismo normativo en la materia mercantil, en beneficio de regulaciones contenidas en leyes separadas

del mismo.

C) Disposiciones legales no estatales.

Se ha indicado que debe entenderse por ley toda norma estatal escrita, sin embargo debe ampliarse tal concepción. La ley debe ser concebida como la norma jurídica positiva emanada de los órganos con potestad para dictarla. El fundamento de esta necesaria ampliación se halla en la contemplación de la realidad jurídico-política y económica actual, que, en lo que ahora interesa, puede definirse en una triple dimensión:

1. En el interior del Estado, la estructuración constitucional de éste como un Estado de las Autonomías, supone el reconocimiento de la potestad normativa a entes autónomos diversos del estado y situados en su interior.

El llamado estado de las autonomías, diseñado por la CE, supone en la consagración de una a organización del territorio nacional en cuya virtud se reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran España, para lo cual permite la constitución de esas regiones y nacionalidades en comunidades autónomas. Las comunidades autónomas gozan de capacidad normativa (autonomía), admitiéndose, pues, la pluralidad de ordenamientos, lo que hace necesario el establecimiento de un sistema de distribución competencial entre el estado y las comunidades autónomas que ordene la coexistencia de potestades legislativas en el interior del territorio nacional.

El sistema de distribución de competencias se recoge en los artículos 149 y 150 CE. Entre la legislación estatal y la autonómica no existe una relación jerárquica una cuestión competencial.

El artículo 149.1.6º CE establece que la legislación mercantil es competencia exclusiva del estado. Sin embargo, la propia CE establece competencias de las comunidades autónomas sobre materias que han ido tradicionalmente consideradas como parcelas integrantes del derecho mercantil y, al tiempo, prescribe que las competencias no atribuidas expresamente al estado pueden ser asumidas por las comunidades autónomas en sus estatutos de autonomía (artículos 149.3).

Dicha aporía puede salvarse si se entiende, como defiende muy mayoritariamente la doctrina, que corresponde exclusivamente al estado la legislación mercantil en cuanto derecho privado de la materia mercantil; el creciente campo de la intervención pública en la actividad económica da lugar a una extensa normativa de derecho público económico, cuya producción sobre las materias señaladas es la que puede corresponder en el grado establecido, a las comunidades autónomas.

2. En el exterior del estado es fácilmente constatable cómo las actividades económicas y las relaciones sociales han superado las fronteras. La pretensión de sujetar el tráfico económico internacional al derecho nacional provoca una inseguridad jurídica incompatible con el propio tráfico que, por tanto, reclama normas propias de carácter internacional.

Para cubrir esta exigencia se convienen regulaciones uniformes contenidas en recomendaciones de armonización de los derechos internos dictadas por organismos y conferencias internacionales, y, sobre todo, en tratados internacionales. Esta legislación internacional presenta aún insuficiencias y lagunas muy extensas, pero ofrece ya resultado en numerosas materias.

Debe advertirse que estas disposiciones son aplicables en España y forman parte del ordenamiento interno una vez ratificadas y publicadas, sin perder por ello su naturaleza internacional, de forma que sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas conforme a las normas generales del derecho internacional (artículos 1,5 CC y 96,2 CE), por lo que, teniendo categoría de ley interna, ostentan cierta preeminencia sobre ésta.

3. Por último, la integración de diversos Estados en comunidades supranacionales de ámbito regional supone

la creación de espacios supranacionales de actividad a cuyo servicio se establece una estructura orgánica del mismo carácter y la producción de normas supraestatales.

La comunidad de este tipo más desarrollada es la Europea. Las comunidades europeas (CECA; CEE y CEEA), a las que pertenece España por tratados de adhesión 12 de junio de 1985, se han construido sobre la cesión de competencias soberanas de los Estados miembros a las comunidades y se han dotado de una estructura institucional a órganos provistos de potestades normativas sobre estas competencias. Esto ha permitido ir erigiendo un derecho propiamente comunitario (supranacional) para cuya aplicación e interpretación se estatuye un órgano judicial propio, el tribunal de justicia de las comunidades. La existencia de un derecho comunitario europeo es exigencia ineludible del mercado único europeo o mercado común.

Dicho Derecho comunitario goza, por razón de la transferencia de competencias de estado, de primacía sobre el derecho interno de los Estados miembros, y se manifiesta por medio de fuentes instrumentales (formales) propias. El llamado derecho comunitario primario se integra por los tres tratados constitutivos y por los tratados y actos modificativos, entre los que deben destacarse: los de contenido institucional, presupuestario, financiero y electoral; las diferentes actas de adhesión; y el acta única Europea, los llamados acuerdos de Maastricht y el tratado de Amsterdam. Este derecho primario constituye el núcleo fundamental del derecho comunitario, ostenta, en su seno, el mayor rango, y es directamente aplicable en los Estados miembros en cuanto derecho convencional, teniendo preeminencia sobre otros tratados que pueda celebrar un estado miembro con terceros. El derecho comunitario derivado, no es ya de derecho convencional, sino un derecho legislado emanado de actos unilaterales de las instituciones comunitarias en aplicación del derecho primario. De entre las fuentes formales oficiales de este derecho derivado deben destacarse el reglamento y la directiva, porque sólo ellos aúnan alcance general y carácter vinculante y obligatorio. El reglamento, aunque entre las fuentes del derecho comunitario no hay relación de jerarquía, es la principal fuente de este ordenamiento, contiene disposiciones de carácter y alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada estado miembro. La directiva, en cuanto instrumento legislativo de dos etapas, tiene doble alcance, en consecuencia, alcance general; que la directiva obliga en cuanto al resultado a sus destinatarios, son los Estados miembros, dejándoles libertad en cuanto a la forma y los medios para obtenerlo. En consecuencia, no tiene, en principio, aplicabilidad directa; a pesar de ello, conforme a reiterada jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades, las directivas son directamente aplicables si cumplen una serie de condiciones. La directiva es el instrumento preferente para conseguir la coordinación, armonización y aproximación de las legislaciones nacionales.

Cuando un Estado se incorpora a las comunidades, no sólo contrae el compromiso de cumplir el derecho comunitario primario y de dar cumplimiento al derecho derivado que genere la comunidad desde su adhesión, sino también, especialmente, la obligación de incorporar a su ordenamiento el llamado acervo comunitario: esto es, el conjunto de disposiciones de derecho comunitario derivado ya existente.

8. Los usos del comercio.

A) Concepto e importancia.

La segunda fuente del derecho mercantil es el uso del comercio. El uso del comercio significa reiteración efectiva de conductas en el tráfico mercantil, es decir, la observancia repetida, uniforme y constante de ciertas prácticas de reglas por los comerciantes en sus negocios.

El derecho mercantil tiene origen consuetudinario. La importancia histórica de esta fuente que está, por tanto, fuera de duda. La progresiva estatalización y legalización del derecho mercantil, sin embargo, ha relegado el uso a su actual carácter de fuente subsidiaria, debiéndose reconocer la primacía de la ley. A pesar de ello, el uso del comercio sigue teniendo un papel destacado en la regulación de la materia mercantil dado el carácter dinámico y ésta. De esa importancia da cuenta que la "Recopilación de usos" publicada en 1964. En el tráfico internacional los usos ofrecen mayor presencia, debido al insuficiente derecho legislado, de forma que los

propios agentes profesionales de este tráfico han establecido reglas autónomas. Las "reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios", las "reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales", INCOTERMS, las "reglas uniformes sobre garantías a demanda", todas ellas adoptadas por la cámara internacional de comercio, aunque no son propiamente usos del comercio, sino cláusulas de los contratos que sólo obligan a las partes si son aceptadas, constituyen un buen ejemplo del vigor del derecho autónomo del comercio internacional, en cuanto representan un derecho preconsuetudinario que recoge la redacción sumaria de los modos contractuales internacionales.

B) Formación y clases de los usos del comercio.

Algunos usos del comercio se sitúan fuera de la esfera negocial. Sin embargo, la mayoría se ubica en el tráfico negocial y tiene origen contractual. Estos usos nacen en la vida del tráfico en un proceso formativo en el que pueden identificarse tres fases sucesivas: 1) ciertas cláusulas se incluyen en los contratos de modo reiterado, y con el tiempo se estandarizan (cláusulas de estilo); 2) a fuerza de repetirse llega a estimarse que no es necesaria su inclusión expresa en el contrato, porque se presume que es voluntad de las partes observarla, quedando así sobreentendida; 3) el contenido de estas cláusulas se separa de la voluntad de las partes y se aplica al contrato, salvo pacto expreso en contrario, incluso aunque las partes la desconocieran. Debe advertirse que este proceso no culmina necesariamente: las cláusulas de estilo no siempre llegan a sobreentenderse y, aun en este caso, no se destacan forzosamente de la voluntad de las partes.

Los usos pueden clasificarse en atención al ámbito territorial de aplicación (locales, regionales, nacionales, internacionales), o en razón del ámbito profesional en que actúan (comunes o generales del comercio y especiales de una determinada actividad: bancarios, etc.), pero la clasificación más importante de los usos es la que distingue entre usos interpretativos y usos normativos. Los interpretativos corresponden a la segunda fase de su proceso de formación, los normativos aparecen en la tercera fase.

El uso interpretativo depende de la voluntad de las partes, en cuanto facilita la interpretación de esa voluntad en un contrato, bien descubriéndola, bien interpretando su expresa declaración.

El uso normativo, en cambio, es independiente de la voluntad de las partes, en cuanto representa la objetivación del uso interpretativo, se impone a éstas constituyendo una norma del Derecho objetivo; es la costumbre en sentido jurídico, es decir, Derecho consuetudinario.

C) Valor normativo de los usos del comercio.

– El uso normativo es fuente subsidiaria de primer grado del Derecho mercantil. La exposición de motivos del CCom afirma, de modo tajante, lo contrario, pero, pese a ello, el artículo 2 CCom invoca a los usos como fuente del Derecho mercantil.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre. En consecuencia, los usos normativos son fuente del Derecho mercantil. Como tal son aplicables en defecto de ley mercantil. Tal aplicación procese, según lo establecido en el artículo 2 CCom, si los usos normativos son de comercio y observados generalmente en cada plaza.

Los usos del comercio normativos preceden en la prelación de fuentes del Derecho mercantil a las fuentes del Derecho común (debiendo recordarse la excepción contenida en el artículo 50 CCom que antepone la aplicación del Derecho común a los usos del comercio en relación con las materias referentes a los contratos mercantiles que expresamente menciona).

Como costumbre propia de la materia mercantil sólo se aplican en defecto de ley propia de la materia mercantil. Los usos contra legem, por tanto, carecen de eficacia. Esta afirmación no resulta desvirtuada por el hecho de que pueda aplicarse el uso contra legem frente a una ley dispositiva si así lo dispone la voluntad de

las partes, porque es claro que ello deriva de la eficacia que, frente a la ley dispositiva, tiene la voluntad privada.

– Además de esa función integradora de las lagunas del sistema legal mercantil, los usos normativos del comercio pueden cumplir otros dos cometidos:

– Concretar el contenido de una norma legal abstracta que se remite al uso a ese efecto y fijar el contenido de un contrato supliendo el silencio legal y la ausencia de voluntad declarada de las partes, debiendo aclararse que, en este último caso, no interpreta la voluntad declarada, sino que sustituye la voluntad no declarada.

Todo ello no excluye la presencia de los usos interpretativos, son el valor y funciones que le son propios.

D) Prueba de los usos del comercio.

El uso del comercio, junto a la ventaja de adaptarse mejor que la ley a las necesidades del tráfico, al nacer del propio tráfico, presenta el inconveniente de la falta de fijeza que deriva de su propia naturaleza y de su variedad y carácter local, sin olvidar la frecuente dificultad de determinar el estadio evolutivo en que se halla cierta cláusula de discernir, en definitiva, si se tratara de uso interpretativo o de uso normativo. Por ello el artículo 1.3 CCom exige pasa su aplicación que sea probado. Esta prescripción rige incluso para los usos normativos a pesar de tratarse de normas de Derecho subjetivo.

9. La contratación en masa y las pretendidas nuevas fuentes del derecho mercantil.

La masificación del mercado y del consumo provoca que los mismos contratos se realicen en un alto número, Al objeto de conseguir una mayor racionalidad en la organización de las actividades empresariales y la indispensable economía de tiempo y medios materiales y personales, los empresarios redactan unos contratos-tipo, modelos o formularios a los que sus clientes se adhieren. La contratación en serie da lugar a contratos de adhesión basados en la existencia de unas condiciones generales de esos contratos, Se entiende por condiciones generales de los contratos el conjunto de cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general redactadas previa y unilateralmente por una o varias empresas asociadas para aplicarlas a todos los contratos que celebren. Se ha pretendido que estas condiciones generales constituyan una nueva fuente del Derecho. Sin embargo, carecen de eficacia si el contrato en que se insertan no recibe el consentimiento de ambas partes, y si la incorporación al mismo de las condiciones generales no se acepta por el adherente, y, en ese caso, sólo a las partes afecta, por lo cual carecen de las características de heteronomía y generalidad que han de reunir una norma jurídica del Derecho objetivo. En consecuencia, ha de convenirse que constituyen preceptos de naturaleza contractual y no una nueva fuente del Derecho objetivo.

Esta conclusión es válida incluso en el supuesto de que las condiciones generales sean sometidas a la aprobación de la Administración pública, o sean reconocidas por el sistema legal, resultando recogidas por disposiciones legales, de forma que, en virtud de su inoperatividad, se haga necesaria su inclusión en los contratos de determinada clase. En el primer caso las condiciones no se transforman en actos normativos de la Administración, porque una cosa es el acto aprobado y otra el acto de aprobación. En el segundo no se han erigido en fuente del Derecho: han sido recogidas por normas legales, integran su contenido, pero la fuente del Derecho objetivo es la ley y no las condiciones generales de los contratos.

Fin tema 2.

TEMA 3

"LA EMPRESA"

10. Significado de la empresa para el derecho mercantil.

En las modernas economías de mercado, la empresa se configura como el sistema de organización del ejercicio profesional de la actividad económica en el mercado.

Es misión del Derecho prestar a la Economía los instrumentos normativos y mecanismos técnico-jurídicos para regular ese sistema. Pero sucede que el Derecho no proporciona un cuadro de normas como estatuto jurídico unitario y sistemático regulador de sus diversos aspectos y elementos componentes; de los distintos intereses, derechos y deberes en juego; y de las plurales funciones o poderes que son o pretenden ser ejercitados por los diferentes grupos de interesados. De ahí la difícil comprensión y vertebración unitaria de la empresa.

La empresa tiene, hoy, una significación jurídica como concepto normativo vertebrador y delimitador de la concepción y contenido del moderno y actual Derecho mercantil.

En efecto, superada ya la concepción codificada del derecho mercantil de los actos de comercio, la empresa se configura como el eje sistemático-conceptual de este derecho, concepción que es el resultado de un proceso de observación y ajuste a la mutante realidad económica productiva.

Esto explica que el derecho mercantil tenga por contenido la regulación jurídica de importantes aspectos, elementos, intereses y funciones de éste sistema de organización de la actividad económica que llamamos empresa: así el empresario y su estatuto jurídico; la actividad externa en el mercado, los bienes típicamente mercantiles; el conjunto patrimonial unitario y organizado, denominado establecimiento mercantil, y su tráfico jurídico. E incluso, habría que añadir la regulación jurídica de las formas de participación de los trabajadores en la empresa, a la que hoy están requeridos los poderes públicos a mandato del artículo 129.2 CE sensible al movimiento social y jurídico de reforma de la empresa.

Empresario, cualidad conferida a quien ejercita una actividad económica en forma de empresa, y un elemento cualificador y delimitador del conjunto de relaciones, actos, bienes e intereses y funciones (materia mercantil) sujetos a las normas de esta rama del derecho. Esta significación jurídica de la empresa se ha visto recientemente realizada y dinamizada a impulso y exigencia de la constitución económica. la empresa , hoy, también una pieza institucional y un concepto normativo del sistema económico constitucional, fundado en el reconocimiento de la libertad de empresa (de los sujetos privados) y de iniciativa económica pública en el marco de la economía de mercado (artículos 38 y 128.2 CE). Se entiende, pues, que la empresa, como institución, ha de orientarse y sujetarse a los principios y directrices económico-constitucional que condicionan tanto el régimen de su actividad externa, como, incluso, el de su estructura y actividad interna. Así, la exigencia de productividad o economicidad de la empresa y su subordinación a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, como también el mandato a los poderes públicos de promover eficazmente las diversas formas de participación (de los trabajadores) en la empresa, son principios y directrices normativas configuradoras de un específico modelo jurídico constitucional de empresa como organización económica productiva y socio económicamente eficiente creada y dirigida por un sujeto jurídico (privado o público) atribuido de libertad económica, con participación de los trabajadores en su gestión o en sus beneficios.

11. El concepto de empresa.

La falta de un concepto jurídico positivo de empresa en el ordenamiento español y con la actitud pesimista de la doctrina ante la tarea de inducir un concepto jurídico de empresa que sirva de unívoco referente conceptual normativo para regular, en cada disciplina o rama del derecho, aquellos aspectos y dimensiones de la empresa que tienen encomendados. Por extraño que parezca, esa realidad socioeconómica que es la empresa no está conceptuada, y ni regulada unitaria y sistemáticamente por el ordenamiento jurídico

Tampoco en el derecho mercantil existe un concepto jurídico de empresa unívoco, por más que ésta se proponga como justificación de su autonomía y especialidad normativa, y eje sistemático delimitador de su

materia regulada, e incluso ser la correlacione estrechamente con el empresario, concepto ordenador del sistema y el derecho mercantil, y el mercado, espacio económico y jurídico donde el empresario y la empresa realizan sus funciones y alcanza sus fines.

Sucede que el derecho positivo descompone y escinde la unidad básica y esta a la hora de regular sus distintas dimensiones (subjettiva, patrimonial, funcional, institucional o pública, laboral), a aspectos organizativos y situaciones jurídicas relevantes, con la pérdida consiguiente de la unidad y comprensibilidad sistemática que debe presidir el ordenamiento jurídico.

La doctrina jurídica, sin embargo, ha estado empeñada en la elaboración del concepto de empresa y la determinación de su naturaleza jurídica, con vistas a su sujeción a un régimen jurídico unitario. Pero, como los juristas lo han intentado sólo consideran su aspecto o dimensión patrimonial y se limitan a proponer el encuadramiento de la empresa dentro de las categorías jurídico patrimoniales reconocidas desde el pasado por el derecho. Así, se ha querido concebir la empresa como persona jurídica, patrimonio autónomo, universalidad de derechos y cosas, actividad, organización, bien inmaterial, etc. Todas estas propuestas doctrinales adolecen de una parcial comprensión de la realidad institucional, económica y jurídica de la empresa, y ninguna, por otra parte, ha sido reconocida expresada y absolutamente el por el legislador.

No extrañas, pues, que siendo la empresa, en su esencia natural, una realidad económica, hayan vuelto a la vista a la economía para así en adoptar como jurídico concepto económico de empresa: organización de factores productivos (capital y trabajo) para la producción e intermediación de bienes y servicios destinados al mercado.

Pero la esterilidad reguladora de ese concepto económico de empresa y la falta de su reconocimiento legal ha empeñado, de nuevo, a un sector doctrinal en la búsqueda de un concepto jurídico patrimonial propio de empresa. Así, partiendo de la escisión del aspecto subjettivo y material (empresario) y objetivo o material (patrimonio organizado), se distingue la empresa y el establecimiento mercantil (negocio o industria). La empresa, se dice, es un modo de actividad, y establecimiento mercantil el instrumento al servicio de la actividad.

También este intento de conceptualización estrictamente jurídica de la empresa, al fragmentar y renunciar a su unidad básica, sólo consigue ofrecer una comprensión parcial de la empresa. De ahí la persistente actitud pesimista ante el intento de construcción de un concepto jurídico unitario e integrador de la empresa, toda la cual es la doctrina atomista: según esta concepción de la empresa sólo puede considerarse, atomísticamente, esto es, descompuesta en la diversidad de grupos de sus elementos simples y regulada con arreglo al régimen jurídico que a cada uno de estos corresponda según su naturaleza jurídica particular. Frente a esta doctrina se intenta salvar jurídicamente no unidad básica de la empresa cuando es objeto del tráfico jurídico: reconózcase que, aun cuando falte un reconocimiento legal de su unidad jurídica, los operadores económicos trafican con ella considerándola, convenientemente, como unidad funcional. Se trata de una posición doctrinal intermedia que camina hacia su efectiva juridificación (estatuto jurídico de la empresa), lo que ha de conducir a su conceptualización legal como nuevo objeto jurídico unitario.

Este es el difícil reto del progresivo proceso de juridificación de la empresa que aspira a un estatuto jurídico propio para ésta, en el que, a nuestro juicio, se ha de: 1º, evitar toda escisión de los aspectos subjettivos, objetivos, prestacionales, e incluso la fragmentación de la regulación de los distintos grupos de intereses en juego, funciones o poderes que, en su funcionamiento, son o pretenden ser ejercitados; 2º, integrar y adecuar la combinación de todos sus aspectos y dimensiones al modelo jurídico constitucional de empresa que ha de inspirar el concepto amplio o político y jurídico de empresa; 3º, deducir de este concepto amplio o político jurídico de empresa, su concepto jurídico estricto tipificador de una nueva categoría patrimonial capaz de dar forma y clasificación jurídica a esa específica modalidad de riquezas productivas del país que es, cabalmente, la empresa, de un nuevo tipo de bien o valor patrimonial de explotación económica; 4º, delimitar y regular jurídicamente el establecimiento mercantil y como objeto patrimonial organizado el instrumento primordial de

la actividad empresarial.

En suma, desde el punto de vista estrictamente jurídico patrimonial, la empresa se habrá de concebir, a nuestro juicio, como una específica modalidad de riqueza productiva, constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación, resultante de la materialización de la iniciativa creadora del empresario, de la proyección patrimonial de su labor organizadora de los distintos factores productivos, facultades, poderes y técnicas jurídicas, y de la actividad de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado a través del establecimiento mercantil. Este valor patrimonial de explotación se sustenta en tres soportes fundamentales: el empresario (sujeto organizador), el establecimiento (objeto organizado) y la organización. La empresa, en sentido jurídico patrimonial, será la resultante patrimonial o suma de conjuntos factoriales conexos a esos soportes.

12. Transmisión de la empresa: la compraventa de empresa.

A) La transmisión de la empresa.

La empresa es, muy frecuentemente, objeto de tráfico o transmisión en los sistemas de economía de mercado: compraventa, arrendamiento, incluso transmisiones hereditarias o mortis causa de empresas.

Los problemas derivados de las carencias conceptuales de la empresa: 1) hay que determinar qué es lo que se transmite; y 2) hay que determinar el régimen jurídico aplicable a cada negocio transmisorio de la empresa.

Para resolver estos y otros posibles problemas jurídicos será preciso conjugar la atipicidad de tales negocios, la autonomía de la voluntad de las partes y la aplicación de las normas civiles y mercantiles aprovechando de ellas lo que resulte exigible, razonable y oportuno, y desaplicando lo que no convenga, por la especificidad del objeto de la transmisión a la finalidad de la operación; circunstancias o situaciones que, excepto en casos aislados y de forma parcial, no son contempladas por nuestros códigos de Derecho privado.

Nuestro ordenamiento jurídico sólo establece algunas normas aisladas tendentes a garantizar el mantenimiento de la unidad económica y jurídica de la empresa y la continuidad de su administración y funcionamiento.

B) La compraventa de empresa: delimitación conceptual y régimen obligacional.

El negocio arquetípico de transmisión inter vivos de la empresa es la compraventa. No sólo por su envergadura económica y frecuencia, sino también, sobre todo, porque el tradicional esquema contractual básico de la compraventa sirve de paradigma o modelo de referencia obligacional para el estudio y solución de importantes problemas comunes a todos los actos de disposición inter vivos de la empresa.

Sin embargo, nuestro derecho no regula este contrato. De ahí su atipicidad.

En el plano doctrinal este contrato es considerado como compraventa especial por razón de su objeto. Así:

1º La configuración del tipo negocial está determinada básica y predominantemente por la especificidad propia del objeto transmitido: la empresa. Si lo que se transmite no es más que una serie de elementos patrimoniales inconexos y desorganizados, o incluso un conjunto patrimonial organizado en situación estática, estos es, sin funcionar o sin aptitud para iniciar inmediatamente la actividad, no habrá compraventa de empresa.

2º El título jurídico que liga al empresario con su empresa no se puede reducir de un modo absoluto y simplista al que proviene de un derecho real de propiedad sobre la empresa. Obliga a hablar de titularidad de la empresa más que de propiedad de la empresa para explicar la naturaleza o título de relación del empresario con su empresa. De aquí que por la compraventa de empresa se transmite el adquirente la titularidad de cada uno de los elementos y relaciones fácticas y jurídicas que ligan al empresario transmitente con cada uno de los

elementos que forman el complejo objeto jurídico empresarial.

3º La naturaleza específica (mercantil) del objeto de venta (la empresa) constituye el elemento interpretativo fundamental que hace afirmar mayoritariamente a la doctrina la naturaleza mercantil del contrato de compraventa de empresa, en virtud de la analogía establecida en el artículo 2 CCom.

4º También la forma del contrato de compraventa de empresa viene determinada por la naturaleza especial del objeto vendido (la empresa). Se hace preciso reparar en aquella consideración doctrinal que recomienda a las partes la formalización de este contrato en escritura pública, incluyendo en ésta el inventario de los elementos que la forman.

5º La naturaleza especial y compleja de la empresa como objeto de transmisión impregna también el contenido obligacional del contrato de compraventa. Se requerirá, así el establecimiento de un régimen obligacional más intenso y complicado para el vendedor, impuesto no sólo por la dificultad de transmitir los elementos inmateriales de la empresa sino también la entrega o cesión de la empresa se ha de articular todavía a través de una pluralidad de modos traditorios sujetos a diversos regímenes jurídicos según la naturaleza propia de cada uno de los bienes que deban transmitirse. De esta forma:

a) La clásica obligación, a cargo del vendedor (o cedente) de entrega de la cosa o bien objeto de transmisión está sujeta a las siguiente reglas especiales:

1º La determinación de los elementos patrimoniales que deben ser entregados a l comprador tiene que resolverse con la asistencia técnica de criterios de naturaleza económica y jurídica. En todo caso, el vendedor ha de entregar todos los elementos esenciales, materiales e inmateriales, de la empresa necesarios para que el adquirente pueda continuar con normalidad la actividad empresarial en las mismas condiciones jurídicas y niveles de productividad o rentabilidad que el empresario cedente.

2º Dado que, en nuestro Derecho, el contrato de compraventa no produce directamente efectos traditorios, sino sólo obligacionales se hace preciso que al contrato o título de transmisión siga el modo o entrega efectiva del objeto o bien vendido que tratándose de una empresa, se descompone y pluraliza patrimonialmente en este trance traditorio, de manera que su entrega requerirá una pluralidad de transmisiones particulares de sus distintos elementos simples. Los bienes inmuebles se transmiten mediante otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Los bienes muebles sólo requieren su entrega material o puesta a disposición, o incluso la mera entrega simbólica. Los llamados bienes inmateriales de propiedad industrial deben también transmitirse mediante documento fehaciente inscrito en la Oficina Española de Patentes y Marcas. El local de negocio que el empresario cedentes utilizara a título arrendaticio se transmite por cesión del contrato de arrendamiento o por subarriendo de la finca sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador, pero debiendo notificársele de forma fehaciente dicha transmisión en el plazo de un mes desde su concertación.

La cesión de créditos incorporados a títulos valores se ha de ajustar a las normas de circulación propias de cada clase de título. Para la cesión de los créditos no incorporados a títulos valores basta, además del pacto transitorio, la mera notificación al deudor de dicha cesión. La transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable.

Los contratos en curso estipulados entre el empresario cedente y los terceros imprescindibles para la actividad de la empresa o adyuvantes de ésta, se transmiten bien de modo convencional con el doble acuerdo, uno entre el cedente y adquirente, y otro entre éste y el tercero al tratarse de una subrogación contractual, e incluso con el simple acuerdo entre el transmitente y adquirente de la empresa, sin necesidad del consentimiento del tercero; o bien de modo automático cuando así lo imponga la disciplina legal del contrato en cuestión o el propio clausulado de aquél.

Las relaciones de hecho ya sea con personas o con el conocimiento y funcionamiento de los procedimientos técnicos o los sistemas o estructuras de la organización comercial de la empresa requieren para su transmisión la imposición al vendedor o cedente de una serie de obligaciones de hacer y no hacer.

Respecto a los libros de contabilidad se entiende que el transmitente, si bien los ha de conservar (a título de depósito) durante seis años desde el último asiento, debe ponerlos a disposición del adquirente al que le asiste un derecho de exhibición fundado en la buena fe. Es posible, sin embargo, que las partes alcancen otros acuerdos que permitan al adquirente acceder de modo más ágil a la contabilidad de la empresa transmitida.

Respecto a la transmisión de las deudas de la empresa contraídas por el empresario cedente de la empresa, solución: 1º las partes del contrato de transmisión de empresa pueden, al amparo de la libertad contractual, pactar la cesión de las deudas de la empresa, aunque, en principio, sólo las de naturaleza contractual y no las extracontractuales; 2º este pacto ha de ser expreso; 3º en cualquier caso, el pacto de cesión de deudas únicamente produce efectos inter partes.

Sólo se establecen normas legales en relación a las deudas laborales y fiscales. De las primeras responden solidariamente tanto el cedente como el adquirente de la empresa; de las segundas el adquirente responde subsidiariamente con los bienes de la empresa en caso de escisión parcial de la sociedad, el pacto de imputación a la sociedad beneficiaria o adjudicataria de la empresa o empresas de las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de dicha empresa o empresas traspasadas; en cuanto al reparto de los elementos de pasivo de la sociedad que al escindirse se extingue, se establece con carácter supletorio la responsabilidad solidaria de todas las sociedades beneficiarias. Se prevé asimismo la posibilidad de acuerdos sociales de cesión global del activo y del pasivo de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

b) La entrega efectiva de la empresa como valor patrimonial de explotación u organización económica productiva en la que se integran elementos y relaciones inmateriales de difícil o imposible dominación jurídica, justifica la imposición al vendedor o cedente de una conducta particularmente intensiva, activa o pasiva, que se materializa contractualmente en el establecimiento de una doble obligación, de hacer y de no hacer.

1º La obligación de hacer consiste, básicamente, en la comunicación al adquirente de los conocimientos necesarios e informaciones precisas sobre los procedimientos técnicos de producción y los sistemas, estructuras y relaciones que configuran la organización comercial de la empresa de modo que éste quede colocado en situación de poder proceder a una adecuada explotación de la empresa. Esta obligación de información se traduce, incluso, en la obligación de asistencia técnica.

2º La obligación de no hacer se concreta en la abstención o prohibición de competencia a que queda sujeto el vendedor o cedente de la empresa. Ante el silencio legal en esta materia, la doctrina encuentra suficiente fundamento legal a esta obligación en el principio de buena fe contractual y concurrencial. Esta obligación sólo es temporal, hasta tanto se consolide razonablemente la actividad empresarial del adquirente, en todo caso, a falta de acuerdo entre las partes deberá ser juez quien determine los límites materiales, temporales y espaciales de esta obligación. Su cumplimiento dará lugar a la correspondiente indemnización por pérdida de la clientela y expectativas de beneficios.

3º Finalmente, el vendedor de la empresa está también obligado al saneamiento de la misma, si bien la única norma que ofrece un desarrollo relativamente específico a esta obligación en caso de venta o transmisión de la empresa sólo prevé una responsabilidad por vicio o evicción del todo o de la mayor parte, pero no de aquellos singulares elementos esenciales para la normal explotación de la empresa o de importancia por su valor patrimonial.

13. El arrendamiento de la empresa.

A) Consideraciones generales: régimen aplicable.

Este contrato carece también de regulación legal en nuestro Derecho, por lo que se regirá por lo pactado entre las partes y, en su defecto, por la legislación arrendaticia ordinaria (CC). La legislación arrendaticia especial (LAU de 24 de noviembre de 1994) no es supletoriamente aplicable al arrendamiento de empresa porque no se dan los supuestos de aplicación de la LAU. La aplicación supletoria de la legislación civil ordinaria en materia de arrendamiento de cosas, al no contemplar la figura del arrendamiento de cosas productivas, lejos de resolver los problemas del arrendamiento de empresa, plantea otros nuevos de orden dogmático.

Pero a la insuficiencia e inadecuación de las normas arrendaticias civiles para regular el arrendamiento de empresa hay que añadir otras dificultades derivadas de la atomización de la empresa en la vida del tráfico. Así sucede con la disgregación jurídica de un elemento frecuentemente tan esencial para la empresa arrendada como es su sede física o local urbano utilizado, hasta entonces, por el arrendador de la empresa a título de arrendamiento de local de negocio; en este caso, el local de negocio arrendado se disgrega del resto de la empresa arrendada y se sujeta a una disciplina particular contenida en la LAU, que puede interferir, de modo negativo, en la unidad e, incluso, economicidad o productividad y, por ello, en la continuidad de la empresa (arrendada o no). Hasta tanto no se establezca la unidad jurídica de la empresa y se tipifique y regule legalmente el arrendamiento de empresa, el régimen legal de los locales de negocio arrendados o integrados en la empresa arrendada interferirá en la relación arrendaticia que tiene por objeto la empresa, al concederse al tercero, propietario y arrendador del local de negocio, la posibilidad de recuperar, al término convenido en el contrato, la posesión de su local y gozar de una nueva oportunidad especulativa. Tal interferencia normativa genera un evidente peligro de disgregación económica y jurídica de la empresa y, consiguientemente de crisis, interrupción e incluso desaparición de ésta.

No obstante, la Ley 19/1989, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, con el objeto de preservar la normal continuidad de la posición arrendaticia de locales de negocio ostentada por las sociedades mercantiles en situación de transformación, fusión o escisión, establece que estos incidentes societarios no reputarán causado el traspaso, aunque darán derecho al arrendador a elevar la renta.

B) Delimitación conceptual: arrendamientos de empresa y arrendamiento de local de negocio.

El arrendamiento de empresa es aquel negocio jurídico en virtud del cual se cede la explotación de una empresa a persona distinta de su titular por precio y tiempo determinado. La distinción entre arrendamiento de empresa y de local de negocio vino a establecerse con la única finalidad de excluir al primero de su régimen jurídico especialmente tuitivo para los arrendatarios de locales de negocio; principalmente a través del reconocimiento de los derechos de prórroga forzosa y de traspaso que permitían a éstos apropiarse y aprovecharse de la plusvalía comercial generada por su actividad empresarial y proyectada patrimonialmente sobre el local arrendado. Tales derechos de los arrendatarios de locales de negocio (constitutivos de la llamada propiedad comercial) nunca se han reconocido a los arrendatarios de empresas, por cuanto que éstos reciben no sólo un simple local sino una empresa.

Hoy la distinción de ambos tipos de contratos se justifica también por su diverso régimen jurídico; pues aun cuando ambos contratos se rigen, en principio, por lo pactado entre las partes, no aplicable a los arrendamientos de empresa, concede todavía a los arrendatarios de locales de negocio una particular protección. Pues bien, tal distinción se hace girar en torno al diferente objeto y finalidad de ambos contratos: así, mientras en el contrato de arrendamiento de local de negocio es el simple goce o uso de una edificación para ejercitar en ella una actividad empresarial, en el contrato de arrendamiento de empresa el objeto y finalidad del mismo es la continuación de la explotación de la empresa objeto de arrendamiento, como compleja organización patrimonial.

14. Las garantías reales sobre la empresa.

No existe en nuestro ordenamiento un derecho real de garantía sobre la empresa unitariamente considerada debido a la falta de un general reconocimiento legislativo de la unidad jurídica de la empresa.

El empresario podrá ofrecer en garantía de sus deudas la constitución de diversos derechos reales sobre los elementos simples o singulares de la empresa.

Sin embargo, hay una figura singular de hipoteca mercantil (la hipoteca sobre el establecimiento mercantil) que, aun sin gravar total ni unitariamente la empresa, está potencialmente dotada de una notable y flexible capacidad abarcadora de los bienes de la empresa, según la voluntad de las partes, al tiempo que satisface las exigencias generales de continuidad de las actividad empresarial. Por lo que se refiere a su contenido flexible, este derecho real de garantía se extiende necesariamente sobre el derecho de uso del local y sus instalaciones fijas o permanentes (objeto esencial), y, salvo pacto en contrario, sobre los derechos de propiedad industrial o intelectual y el utillaje y maquinaria (objeto natural), pudiendo abarcar también, mediante pacto expreso, las mercaderías y materias primas (objeto convencional). Por otro lado, la unidad funcional de la empresa y la continuidad de su actividad quedan preservadas al mantener al empresario deudor hipotecante en la posesión y explotación de ésta, a la que además, está legalmente obligado.

Con todo, la hipoteca sobre el establecimiento mercantil está llamada a sufrir una considerable pérdida de sentido y devaluación a consecuencia de la desaparición, en la legislación arrendaticia, de la prórroga forzosa de los arrendamientos de locales de negocio, toda vez que con esta medida se hace perder a este derecho real de garantía su más genuino valor económico materializado en el derecho de uso y explotación del local de negocios, derecho que, al menos cuando el deudor hipotecante sea mero arrendatario de local de negocio, no podrá subsistir forzosamente más allá del término convenido para el contrato de arrendamiento del local de negocios; si bien el arrendatario acreedor ejecutante de la hipoteca tiene, en ciertos casos, derecho preferente para continuar en el local arrendado objeto de la hipoteca.

Fin lección 3.