

TEMA 1

CONCEPTO Y CARACTERES GENERALES DEL DERECHO MERCANTIL

1 – FORMACIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTO

- Surge como una realidad independiente del derecho civil en la baja edad media .
- En ésta época se van a producir una serie de acontecimientos económicos y políticos que darán pie a que aparezca una clase social : **COMERCIANTES** (también denominados **MERCADERES**) .
- Por eso también aparece la formación de un derecho específico para resolver las necesidades de la actividad profesional de estos sujetos .
- Así nace lo que se denomina : **IUS MERCATORUM** ó **DERECHO MERCANTIL** .
- El primer derecho mercantil se forma a partir del siglo **XI** , en el ámbito de esa clase social nueva , que eran los comerciantes .
- Estaba integrado por las siguientes normas :

1–/ Normas Reglamentarias , que iban estableciendo los comerciantes en el ámbito de sus gremios o corporaciones . Además de los Usos o costumbres que se van desarrollando y que se apartan de las normal del derecho común .

2–/ Normas Estatutarias dadas para el gobierno de las ciudades , y que entre otros aspectos introducen disposiciones relativas al comercio .

- En ese momento histórico , la concepción del derecho mercantil era : **DERECHO DE LOS COMERCIANTES** , siendo por tanto en esta primera fase del derecho mercantil una concepción subjetiva . Era un derecho subjetivo .

– Esta idea del derecho mercantil , como derecho de los comerciantes , se

va a prolongar durante toda la Edad Moderna . Durante este periodo se

van a producir algunos cambios de orientación que abrirán el camino a

la ruptura que en cierta forma representa el proceso de codificación .

- En concreto serán relevantes en esta época , las reglamentaciones dadas por los monarcas (ordenanzas) que en gran parte recogían el antiguo derecho corporativo , de estas ordenanzas destacan : **ORDENANZAS DEL COMERCIO Y LA MARINA** , de 1673 y 1681 , obra de Colbert .
- Junto a estas ordenanzas , a finales del siglo **XVIII** y comienzos del **XIX** , se van a dar una serie de circunstancias de distinta naturaleza e índole , que supondrán el inicio de un cambio en la orientación del derecho mercantil . Entre ellas destacamos :

- Ideas de la ilustración y el racionalismo .
- Triunfa la revolución francesa
- Se inicia la revolución industrial .
- En ese contexto surge el 1º Código de Comercio , que es el Código de Comercio francés de 1807 , que tuvo mucha influencia en el resto de movimientos codificantes .
- Este código que en gran medida recoge el contenido de las ordenanzas de Colbert , pone especial cuidado en evitar toda identificación del derecho mercantil , como derecho de los comerciantes , siguiendo así la ideología revolucionaria , contraria a reconocer un derecho de clase , de manera que se recurre para definir el derecho mercantil , a una nueva categoría jurídica , que es EL ACTO DE COMERCIO , de modo que para el código francés serán comerciantes ; no solo los pertenecientes a una determinada categoría o corporación , sino los que ejerciten actos de comercio y hagan de ello su profesión habitual .

– Pasamos con este código a una 2º fase del derecho mercantil , ya que el derecho no es derecho de los comerciantes , sino derecho de los actos de comercio .

- Este planteamiento se da por bueno durante todo el siglo XIX , e influye en todos los códigos posteriores .
- Pero esta nueva concepción se encontró con la dificultad insalvable de definir el acto de comercio al margen de la definición de comerciante .

Esta imposibilidad conduce al abandono de la tesis objetiva y a la

búsqueda de otras perspectivas en códigos posteriores .

- Los cambios de orientación se originaron con el Código de comercio alemán , de 1897 , que vuelve hacia el inicial subjetivismo . Ese código define el derecho mercantil basado en la definición de diversas categorías de comerciantes y considerando mercantiles aquellos negocios que realicen los comerciantes en el ejercicio de su industria .
- Tras esto , ya en el siglo XX se van a producir una serie de acontecimientos de distintos tipos que serán decisivos para el derecho mercantil , entre estos destacan :
- En el terreno económico , la progresiva industrialización de las economías , en detrimento de otras actividades como la agricultura o el propio comercio .
- En el ámbito jurídico , se produce la proliferación de relaciones comerciales y con ellas la progresiva complejidad del tráfico económico , eso obligó a reformas los códigos que existían y en muchos casos a establecer normas al margen de los códigos .
- Este fenómeno es el inicio de la descodificación del derecho mercantil que irá aumentando progresivamente a medida que avanza el siglo XX .
- Todas estas circunstancias van a abrir el camino a nuevas orientaciones a las que también contribuirá el aumento de los intercambios internacionales fundamentales , como consecuencia del avance tecnológico en las comunicaciones .

- Todos estos cambios van a ser observados por los estudiosos del derecho mercantil y pronto se señalarán nuevas orientaciones o formas de entender el derecho mercantil .
- El inicio de estas nuevas orientaciones o ideas es obra fundamentalmente de GHECK , el cual observa que la actividad económica del momento , que se caracteriza por la producción de bienes en masa , y como consecuencia de estos , por la conclusión masiva o en serie de contratos en el mercado .
- Estos actos en masa provocan en el campo jurídico , especiales exigencias normativas que no pueden ser cubiertas por el derecho civil y por tanto tendrán que serlo del derecho mercantil .

– Siguiendo este planteamiento habría que concluir diciendo que el

derecho mercantil es un derecho DE ACTOS EN MASA .

- Este pensamiento tiene el valor de constituir un 1º paso para las modernas tesis del derecho mercantil , entendido como el derecho DE LA EMPRESA . Por tanto , esta idea fue tomada como base , por los estudiosos del derecho mercantil , para la doctrina y para construir con ella la Teoría del derecho mercantil como derecho de la empresa .
- Solo quedaba por poner el acento en quien es el protagonista de esos actos en masa , que no es otro que LA EMPRESA .
- La tesis del derecho mercantil como derecho de la empresa se atribuye a WIELAND , que la formuló por primera vez en su tratado de derecho mercantil que apareció en 1921 . la doctrina de la empresa representa un cambio decisivo en los planteamientos del derecho mercantil , hasta entonces mayoritariamente objetivistas y que supone una vuelta al subjetivismo inicial .
- En España , la influencia de esta concepción de la empresa va a ser importante y será seguida por la mayoría de los autores y tomada en cuenta en la reforma del código y el proceso de descodificación .
- En los últimos años del siglo XX , aparecen una serie de cambios en las circunstancias económicas, sociales , etc ... que influyen en el derecho mercantil . Y de entre estos , cobra especial interés la incidencia del mercado en nuestro tiempo , que ha llevado a plantear con especial insistencia las relaciones entre mercado y derecho , y por lo que aquí interesa o importa a considerar la transformación del derecho mercantil en un derecho DEL MERCADO .
- Esta idea que ha sido planteada con especial rigor por el profesor Duque . En España se basa en considerar que el derecho mercantil , al integrar el problemático de defensa de los consumidores y de los acuerdos entre empresarios para organizar el mercado , está actuando como un derecho de mercado , al que se someterían todas aquellas actuaciones que tuvieran influencia sobre ese mercado (estén o no realizadas por empresarios) .
- En opinión de la mayoría de los estudiosos , existen sin duda aspectos interesantes en la Tesis de Duque , pero sin embargo no parece que pueda constituir una alternativa satisfactoria a la tesis del derecho de la empresa , puesto que en opinión de los defensores de esta tesis , lo que

esta en la base de las normas mercantiles , son las exigencias que se dan

en el plano normativo , y se plantean a las empresas como sujetos autó –

nomos de la economía .

2 – EVOLUCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL ACTUAL

- El derecho mercantil de los últimos tiempos se caracteriza por :

1–/ Generalización de derecho mercantil : Supone que muchas de las instituciones y de los actos originados en la actividad profesional mercantil han dejado de ser exclusivas de ese ámbito y siendo realizadas en el tráfico no profesional y por sujetos no comerciantes o empresas .

2–/ Unificación interna del derecho privado : Con esta unificación se pretende revivir el único texto legal en materias civiles y mercantiles . Pero esta unificación solo ha sido lograda por el Código civil italiano y el Código suizo de las obligaciones .

3–/ Unificación internacional del derecho mercantil : Unificación que viene exigida por la proliferación de intercambios económicos internacionales que hacen necesario buscar mecanismos que hacen necesario buscar mecanismos que aseguren o garanticen una cierta uniformidad en las reglas jurídicas aplicables al comercio , que incluso estén por encima de las normas de cada país .

TEMA 2

LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

1 – INTRODUCCIÓN

- El término fuentes del derecho es un término equívoco y para precisarlo , hay que distinguir entre fuente en sentido formal y sentido material :
- Sentido formal : Al hablar de fuente , nos referimos al medio o forma en que se manifiestan las normas jurídicas . En este sentido y de acuerdo con lo que establece al artículo 11 del código civil , serán fuentes del derecho :

– La ley

– La costumbre

– Principios generales del derecho

- Sentido material : Hace referencia a aquellas fuerzas sociales que crean las normas , en este caso son fuentes del derecho :

– El estado

– Las comunidades autónomas .

- Las fuentes formales son las mismas para el derecho civil y mercantil , pero el derecho mercantil tiene la especialidad de que en el orden de fuentes se establece en :

1º lugar la Ley Mercantil

2º lugar los usos o costumbres en contratos mercantiles

3º lugar , y con carácter supletorio se sitúa el derecho Civil , aunque no

tenga carácter de fuente del derecho mercantil en sentido estricto .

- El orden jerárquico del derecho mercantil viene establecido en el artículo 2 del código de comercio ; señalando que la regulación de la materia mercantil , se tendrá en cuenta :

– La ley mercantil

– Los usos del comercio

– En ausencia de ambos , las normas del derecho civil .

- Sin embargo , el artículo 50 del código de comercio establece una importante limitación , a esta extensión que acabamos de hacer ; en relación con ciertos aspectos del régimen de contratos , el orden de fuentes será el siguiente :

– La ley mercantil

– Derecho civil o común

2 – LA LEY MERCANTIL

- La ley mercantil como primera fuente del derecho mercantil ; esta integrada en el código de comercio de 1885 y las leyes especiales .
- El código de comercio de 1885 es la ley mercantil más importante , aunque con el transcurso del tiempo vaya perdiendo importancia .
- Este código supuso una innovación del código de 1829 , fue el primer código de comercio de España .
- El código de 1885 pretendió establecer un sistema objetivo del derecho mercantil , y que fuese el derecho de los actos de comercio , pero esa idea tuvo que ser abandonada porque resulto defectuosa por la imposibilidad de definir el acto de comercio SIN apoyarse en la definición de comerciante .
- El código de comercio de 1885 está formado por 4 libros :

1º – Libro de los comerciantes y del comercio en general .

2º – Libro de los contratos especiales del comercio .

3º – Libro del comercio marítimo .

4º – Libro de la suspensión de pagos , de las quiebras y de las prescripciones .

- Aparte del código de comercio hay una serie de leyes , algunas de las cuales han modificado el código de comercio , y otros casos la han complementado . Estas leyes son las leyes especiales .
- De estas leyes , algunas estaban previstas por el propio código de comercio y otras no lo estaban :

- De las previstas , algunas son :
 - Reglamento del registro mercantil : Se volvió a redactar en 1996 .
 - Reglamento de bolsas de comercio : Aprobado en 1885 , y sometido a modificaciones hasta llegar a la redacción de 1981 . Este reglamento ha sido completado por la Ley del Mercado de Valores de 1988
 - Ley de suspensión de pagos : de 1922 , denominada Ley Concursal .
 - Además de estas , hay otras leyes , y normas sobre los contratos de transporte y propiedades industriales entre otros .

- También hay otras No previstas , como son :
 - Leyes de sociedades
 - Normas que se desarrollan en el ámbito del mercado , competencia , consumidores , etc ...

3 – LOS USOS Y COSTUMBRES DEL COMERCIO

- Son la segunda fuente del derecho mercantil .
- La importancia atribuida a los usos como fuentes del derecho mercantil deriva del carácter consuetudinario (o sea que los usos nacen de la costumbre) que desde el origen ha tenido el derecho mercantil .
- Aunque con la codificación perdió parte de ese carácter , los códigos mercantiles fueron respetuosos con el uso hasta el punto de asignarle supremacía sobre el derecho civil .
- Definición : Normas del derecho objetivo , creados por la observación repetida , uniforme y constante de los comerciantes en sus negocios . Nacen en el seno de la contratación mercantil , y son unos usos eminentes–

temente jurídicos , y que cumplen las funciones que normalmente tienen las normas del derecho objetivo .

- Las funciones que cumplen son :
 - Suplir la ausencia de legislación adecuada .
 - Colmar las lagunas que existan en el contenido de los contratos .
 - Servir de ayuda en la interpretación de los contratos .
- Formación del Uso : Son manifestaciones espontáneas al contrario que la ley , que es racional . Nacen en el centro de la actividad comercial , empezando por la repetición en los contratos de una cláusula determinada que a base de repetirse , se sobreentiende incluso aunque deje de establecerse , para acabar convirtiéndose en una norma completamente objetiva que se impone a los contratantes salvo pacto en contrario . El proceso de objetivación del uso se consigue cuando el uso se practica de forma uniforme , general , duradera y con la condición de su obligatoriedad ó al menos con la intención de establecer un preferente .

- El uso debe apoyarse en el consentimiento común de las partes y debe ser además un uso legítimo , es decir , no contrario a la ley , ni a la moral , ni al orden público .
- Clases de usos :
 - Criterio de clasificación por la función que desempeñen :
 - Usos normativos : Suplen las lagunas legales
 - Usos interpretativos : Ayudan a la interpretación de los contratos
 - Atendiendo a la materia que regulan :
 - Usos comunes a todo tipo de comercio
 - Usos especiales de una determinada actividad mercantil
 - Por el espacio en que despliegan su vigencia :
 - Usos internacionales , – Usos generales , – Usos regionales
- Prueba de uso : Una de las cuestiones más problemáticas es reconocer su existencia . Por eso desde siempre la Jurisprudencia ha mantenido la posición de entender el uso mercantil como que debe ser probado por las partes la existencia de uso , no se sobreentiende por parte del juez . En la labor de probar la existencia del uso , no esta obligado el juez a quedarse tan solo con las pruebas que aleguen las partes , sino que podrá por propia iniciativa buscar los medios de prueba que considere oportunos . Y a estos efectos constituyen medios habituales para probar la existencia del uso las recopilaciones de usos hechos por organismos oficiales tales como :
 - Cámaras de comercio
 - Consejo superior bancario
 - Informes dados por esos organismos ó las sentencias que hayan aplicado usos con anterioridad

4 – LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

- Son los postulados informadores del ordenamiento mercantil que se inducen de las normas positivas integrantes del mismo .
- Se reconocen como fuente subsidiaria por el artículo 1.4 del código civil aunque en el derecho mercantil son de escasa aplicación .

5 – LA JURISPRUDENCIA

- Tradicionalmente ha sido considerada una fuente discutida del derecho mercantil , no obstante la doctrina jurídica ha negado mayoritariamente el carácter de fuente de la jurisprudencia por considerar que las decisiones de los tribunales no crean derecho , y no son vinculantes fuera del caso concreto para el que han sido dictadas .
- Sin embargo , se reconoce el valor de la jurisprudencia en la formación de un derecho consuetudinario , a través de la repetición uniforme de un mismo criterio en diferentes fallos o

sentencias .

- El valor de la jurisprudencia está declarado en el artículo 1.6 del código civil , en el que establece que la jurisprudencia complementará el orde-

namiento jurídico con la doctrina que de manera reiterada establezca el tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley , la costumbre , y los principios generales del derecho .

6 – FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL COMUNITARIO

- A fecha 1/1/86 España se sumo a la C.E.E y al tratado constitutivo de la misma , que se firmo en Roma el 25/3/57 . Este tratado ha sido modificado en algunas ocasiones :

– Por el acta única europea en 1981

– Y en 1992 , a través del tratado de Maastrich :

- Este tratado introdujo el cambio de denominación . De C.E.E a U.E . Y además el tratado abre un proceso que pretende crear una unión cada vez mas estrecha entre los pueblos de Europa .
- La creación de un espacio común europeo pretendió establecer un mercado común , además de una unión económica y monetaria , que se lleve a cabo con las políticas comunes .
- La unidad de mercado a la que se aspira trae consigo una unidad de régimen jurídico , por lo que es necesario que se produzca una unificación del derecho mercantil a nivel comunitario .
- De esta manera surge un derecho y un ordenamiento jurídico comunitario , diferente del ordenamiento jurídico interno de cada estado .

- En el ámbito de este derecho mercantil comunitario hay 2 tipos de fuentes :

– Fuentes originarias : Que son tratados constitutivos de la U.E

– Fuentes derivadas : Que son las directivas , recomendaciones y decisiones entre otras .

- Por último , destacar el papel que tiene en materia de fuentes la jurisprudencia del tribunal de la U.E .

TEMA 3

EMPRESARIO Y EMPRESA

1 – CONCEPTO DE EMPRESARIO Y EMPRESA

- El empresario como titular de una empresa se encuentra en el centro del sistema del derecho mercantil . Y una de las primeras cosas que hay que hacer es analizar el régimen jurídico de la empresa y de su titular , que no es otro que el empresario ; por eso antes daremos las 2 definiciones .

- **Concepto de Empresa : Se puede ver desde 2 puntos de vista :**

– **Punto de vista económico :** Es la unidad de producción en la que se combinan los precios del capital (K) y trabajo (L) con la finalidad de suministrar al mercado bienes y servicios a un determinado precio , con el fin de obtener una renta monetaria igual a la diferencia de unos precios y otros .

– **Punto de vista jurídico :** Para el derecho mercantil , la empresa comprende en su concepto un doble aspecto :

– **Aspecto subjetivo :** Referido a la actividad del empresario

– **Aspecto objetivo :** Que comprende los medios instrumentales , personales ó reales , organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad .

- **El derecho mercantil centra la noción de empresa en el aspecto subjetivo , y la define como : ACTIVIDAD DEL EMPRESARIO .**

- **Mientras que el aspecto objetivo forma parte , para el derecho mercantil , de lo que se denomina : ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O NEGOCIO .**

- **Concepto de Empresario : También se puede ver desde 2 puntos de vista :**

– **Punto de vista económico :** Es la persona física o jurídica que por si misma asocia , combina , y coordina los diferentes factores de la producción para ajustar el proceso productivo .

- **Punto de vista jurídico :** Es la persona que por si misma ó por medio de representantes ejercita una actividad constitutiva de empresa , adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos que nacen de las obligaciones y derechos que nacen de esa actividad .

- **Estos 2 conceptos difieren en el hecho que desde la perspectiva económica para que un sujeto sea considerado empresario es preciso que desarrolle la actividad empresarial directamente y de manera personal . Mientras que desde el punto de vista jurídico , basta con que la actividad se ejercite en nombre del empresario aunque de hecho actúen personas delegadas por el empresario .**

- **Para el derecho mercantil , el empresario es el sujeto que asume las responsabilidades , y recibe los beneficios .**

2 – NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO DE EMPRESARIO

- **Los caracteres que distinguen la actividad que realiza el empresario son las siguientes :**

1–/ **Ha de ser una actividad de orden económico , por tanto distinta a otras actividades artísticas o intelectuales .**

2–/ **Tiene que ser una actividad organizada ó de organización . Esto su–**

pone que en ejercicio de su actividad el empresario tiende a organizar

los elementos personales y reales ó materiales con los que cuenta para

producir bienes y servicios para el mercado .

En el ámbito de los elementos personales , se produce en la actividad empresarial una serie de relaciones jurídicas que habitualmente adoptan la forma de contrato de trabajo que corresponden al derecho laboral , aunque cada vez es más importante la participación de los trabajadores en la actividad organizativa de las empresas .

En cambio en el ámbito de los elementos materiales concurren una serie de cosas que por separado no tendrían el mismo valor que adquieren al estar unidas con el objetivo de servir a la actividad empresarial , ese conjunto de cosas integran el establecimiento mercantil . Este establecimiento puede ser objetivo de negocios jurídicos como compra-ventas , usufructo , etc ...

3-/ Se trata de una actividad profesional que ha de ser constante a la que se refiere el código de comercio en el artículo 1 al hablar de habitualidad Implica este carácter que debe ser una actividad continuada , con tendencia a durar , que ha de manifestarse al exterior y darse a conocer públicamente .

4-/ La actividad empresarial ha de ser una actividad que tiene que actuar en nombre propio , el empresario debe actuar en nombre propio , porque con la utilización del nombre se atraen las consecuencias jurídicas de las relaciones en las que interviene como sujeto .

Si la empresa tiene desde un punto de vista económico poder de iniciativa y gestión , desde un punto de vista jurídico debe tener las consecuencias de los actos que realice .

3 – CLASES DE EMPRESARIOS

- Según un primer criterio , nos hace distinguir entre empresario individual (persona física) , y empresario social (persona jurídica) :

–Empresario individual : En principio cualquier persona física sin distinción de sexo , que sea mayor de

edad , y no este incapacitada para gobernarse por si misma , podrá adquirir una actividad empresarial en el mercado . Nuestra constitución reconoce el derecho a la libre elección de profesión u oficio y reconoce además la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado , garantizándolo y protegiendo su ejercicio .

–Empresario social : También en principio es libre la creación de empresarios sociales constituyendo sociedades mercantiles por intervenir en el mercado . De acuerdo con lo que establece el artículo 1 del código de comercio , las únicas personas jurídicas que podrán ser empresarios sociales serán las sociedades mercantiles , bien las que regula el propio código o las que regulan las leyes especiales .

No obstante lo que dice el código de comercio es que lo cierto es que desde hace tiempo se viene acentuando más la tendencia de determinados entes con personalidad a intervenir en el mercado con una actividad similar a las sociedades . Y el caso mas significativo es el las cajas de ahorro .

Esto debe llevar a una ampliación paulatina de la figura del empresario social que permita incluir esas nuevas realidades , en este sentido el artículo 16 del código de comercio modificado con la reforma del reglamento del registro mercantil , establece que el registro mercantil tiene por objeto la inscripción junto con las sociedades mercantiles , y los empresarios individuales entre otros entes , las entidades de crédito

Completamos con el artículo 81 del registro