**DERECHO MERCANTIL**

**TEMA 1**

**CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL.** **TEORÍA DEL ACTO DE COMERCIO: CONTENIDO ACTUAL. ESPECIALIDADES DEL DERECHO MERCANTIL EN MATERIA DE FUENTES. EL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE: SU ESTRUCTURA. RELEVANCIA DE LAS NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.**

**CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL.**

El concepto actual de Derecho Mercantil es producto de una larga evolución histórica, cuyas etapas fundamentales son las siguientes:

1. El Derecho Mercantil era desconocido en la antigüedad, y surge para regular las relaciones jurídico-económicas de los mercaderes de la baja Edad Media como el derecho estatutario propio de los mercaderes, con eficacia extraterritorial y dotado de fuentes autónomas y de tribunales propios.
2. Con la aparición del moderno Estado nacional, el Derecho Mercantil se somete a las leyes estatales y pierde su autonomía y extraterritorialidad, ampliándose a actividades no estrictamente comerciales y a sujetos que no son mercaderes, surgiendo en esta época los bancos, las bolsas o las compañías mercantiles.
3. En el siglo XIX, los efectos conjuntos de la revolución industrial, el liberalismo económico y la codificación impulsan una concepción objetiva del Derecho Mercantil como el regulador de los actos de comercio, concepción que reflejan los primeros códigos de comercio, como el francés de 1807 o el español de 1829, y que sigue reflejando el vigente Código de Comercio de 22 de agosto de 1885.
4. Desde finales del siglo XIX, el eje central del Derecho Mercantil es la empresa, siendo ésta la concepción que impera en los grandes mercantilistas españoles del siglo XX, como Uría, Garrigues o Sánchez Calero, para quienes el Derecho Mercantil es la rama del Derecho Privado que regula el estatuto jurídico de la empresa y el tráfico que éstas realizan en el mercado de bienes y servicios.
5. En las últimas décadas, este concepto se expande para acoger a otros sujetos que no son empresas en sentido estricto y actividades que no son propias del tráfico de bienes y servicios, con especial influencia de normas jurídico-públicas, identificándose el Derecho Mercantil con el derecho del mercado o incluso el derecho del tráfico económico.

De esta forma, el Derecho Mercantil acoge en la actualidad aspectos como la regulación de la competencia y de los bienes inmateriales, la protección de los consumidores y usuarios o la regulación de las tecnologías de la información y la comunicación en el tráfico económico, estando fuertemente internacionalizado, en particular en el ámbito europeo, y existiendo una clara tendencia a su uniformización e incluso unificación con materias que también regula el Derecho Civil, especialmente en materia de contratación.

**TEORÍA DEL ACTO DE COMERCIO: CONTENIDO ACTUAL.**

Como he indicado, nuestro vigente Código de Comercio considera Derecho Mercantil al que regula los actos de comercio, disponiendo su artículo 2 que “los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”.

Además de la distinción entre actos de comercio por naturaleza, que son los regulados por el Código de Comercio, y por analogía, la doctrina suele distinguir entre los actos de comercio puros, cuando todos los sujetos intervinientes son comerciantes conforme al concepto que se estudia en el tema 4 de esta parte del programa, y mixtos, cuando uno de los intervinientes no es comerciante.

Sin embargo, el Código no define los actos de comercio, ni da un criterio homogéneo y uniforme de los mismos. Es más: existen actos de comercio que no están regulados por el Código de Comercio, como el contrato de seguro, regulado por su propia Ley de 8 de octubre de 1980, o los instrumentos cambiarios, regulados por la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, mientras que determinados actos, como la compraventa, el depósito o el préstamo, pueden ser tanto civiles como mercantiles.

Por ello, son distintos los criterios que permiten identificar el carácter mercantil de un acto, desde la mera participación de un comerciante, como considera la jurisprudencia respecto de los contratos bancarios, a la expresa previsión legal, como ocurre con el contrato de agencia, que siempre tiene por objeto promover actos de comercio conforme a su Ley reguladora de 27 de mayo de 1992, o las sociedades de capital, que son siempre mercantiles por su forma conforme al texto refundido de su Ley reguladora de 2 de julio de 2010.

**ESPECIALIDADES DEL DERECHO MERCANTIL EN MATERIA DE FUENTES.**

Las fuentes del Derecho Mercantil están relacionadas en el artículo 2 del Código de Comercio, que las jerarquiza aludiendo en primer lugar al propio Código, en su defecto, a los usos del comercio y, a falta de ambos, al derecho común, esto es, el Derecho Civil.

No obstante, esta jerarquía de fuentes cambia en el caso de los contratos mercantiles, respecto de los que el artículo 50 del Código de Comercio dispone que “en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las leyes especiales, por las reglas generales del derecho común”.

Además, la jerarquía de fuentes del artículo 2 no es aplicable a la materia mercantil que no sea susceptible de ser considerada acto de comercio, como ocurre con el Registro Mercantil.

La primera fuente del Derecho Mercantil, por ende, es la ley mercantil, incluyendo en ella tanto al Código de Comercio como a las numerosísimas leyes y reglamentos que regulan materias mercantiles, debiendo tenerse presente que el artículo 149.1.6ª de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación mercantil.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha permitido a las Comunidades Autónomas legislar acerca de ciertos ámbitos mercantiles o ejecutar la normativa estatal respecto de los mismos, como ocurre con las cooperativas y mutualidades, la protección de los consumidores, el establecimiento y regulación de bolsas de comercio y centros de contratación de mercancías ciertos aspectos de la defensa de la competencia.

Esta jurisprudencia es criticada por numerosos autores por los conflictos y tensiones que genera y por dificultar la unidad de mercado que los operadores económicos demandan.

Dentro de la ley mercantil se incluyen también a las normas europeas, a las que posteriormente me referiré, y las internacionales, promovidas por la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980.

La segunda fuente es el uso mercantil, que surge por la observancia repetida, uniforme y constante de una práctica determinada de los empresarios en sus negocios, respecto de los cuales pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1. Los usos pueden ser normativos, cuando a la práctica repetida y uniforme, cuando a la práctica en la que consiste el uso se realiza con la convicción generalizada de que se está cumpliendo una norma jurídica, o meramente interpretativos, si bien sólo los primeros son fuente reguladora del acto de comercio.
2. En ocasiones existe una expresa invocación de los usos por la Ley, como la que realiza el artículo 2 de la Ley de Navegación Marítima de 24 de julio de 2014.
3. Aunque el artículo 2 del Código de Comercio se refiere a los usos *de cada plaza* o locales, progresivamente se ha ido formando una suerte de nueva *lex mercatoria* desconectada de los ordenamientos nacionales y asentada en las instituciones de arbitraje comercial internacional.

Esta *new law merchant*, dominada por el derecho anglosajón, está constituida, de una parte, por usos comerciales internacionales, como los formulados por la Cámara de Comercio Internacional en materia de venta internacional, los denominados INCOTERMS estudiados en el tema 23 de esta parte del programa; y, de otra parte, por contratos-tipo y condiciones generales elaborados por las asociaciones mercantiles profesionales o por organismos internacionales, como los contratos FIDIC, elaborados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores.

La tercera fuente del Derecho Mercantil es el derecho común, lo que para la mayoría de la doctrina debe entenderse referido tanto al Código Civil y demás leyes civiles de general aplicación en toda España como a las leyes civiles autonómicas.

Por último, dentro de las fuentes del Derecho Mercantil los autores suelen tratar también de las condiciones generales de contratación o los principios de contabilidad generalmente aceptados, si bien esos mismos autores excluyen que sean fuentes, ya que la fuerza de obligar de las primeras depende, en último extremo, de la voluntad de los contratantes.

Por su parte, la eficacia obligatoria de los principios contables se desprende de la propia normativa contable y, en especial, del Plan General de Contabilidad de 16 de noviembre de 2007, que sistematiza y define principios como los de imagen fiel, empresa en funcionamiento, devengo y prudencia.

**EL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE: SU ESTRUCTURA.**

El Código de Comercio vigente se inspira fundamentalmente en su precedente de 1829, obra de Sainz de Andino, y se compone de 955 artículos, muchos de los cuales han sido derogados, y que se agrupan en cuatro libros, de los cuales tan sólo tienen vigencia actual los Libros I y II, referidos a los comerciantes y al comercio en general y a los contratos especiales de comercio, ya que el Libro III, relativo al comercio marítimo, ha sido completamente derogado y sustituido por la Ley de Navegación Marítima, y del Libro IV solo permanece vigente parte de los preceptos relativos a las prescripciones, puesto que los relativos a la suspensión de pagos y a la quiebra fueron derogados y sustituidos por la Ley Concursal en el año 2003.

Además, el Código de Comercio está complementado por decenas de leyes especiales, entre las que podemos destacar, además de las citadas a lo largo de la exposición del presente tema, las siguientes:

1. El Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996.
2. La Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007.
3. La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles de 3 de abril de 2009.
4. El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007.
5. El texto refundido de la Ley Concursal de 5 de mayo de 2020.
6. El texto refundido de la Ley del Mercado de Valores de 23 de octubre de 2015.
7. La Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 4 de noviembre de 2003.
8. La Ley de Comercio Electrónico de 11 de julio de 2002.

Precisamente debido a esta dispersión normativa y a la constante modificación de las leyes mercantiles especiales, en los últimos años se ha auspiciado la recodificación del Derecho Mercantil, de la que es ejemplo señero el anteproyecto de Código Mercantil del año 2014, redactado sobre la propuesta de la sección mercantil de la Comisión General de Codificación.

**RELEVANCIA DE LAS NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.**

La influencia de las normas europeas en el Derecho Mercantil es notabilísima, debido a que la Unión Europea es un mercado único en el que rige el principio de libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios, lo que exige la uniformización de las legislaciones mercantiles estatales.

Los ámbitos materiales en los que esta influencia es más intensa son los siguientes:

1. La defensa de la competencia, especialmente en lo relativo a las prácticas colusorias, las ayudas de estado y el control de concentraciones de empresas.
2. La propiedad industrial, con la normativa sobre patentes, dibujos, modelos industriales y marcas europeas, protegidas a través de una oficina específica con sede en Alicante.
3. Las sociedades, con reglamentos específicos para las agrupaciones europeas de interés económico y las sociedades cooperativas europeas, y respecto de la que es especialmente intensa la armonización de la normativa sobre buen gobierno corporativo, especialmente de las sociedades cotizadas, y sobre digitalización.
4. La contratación mercantil, enfocada en la protección al consumidor a través de los controles de las condiciones generales de contratación que establecen diversas directivas europeas, normas que han tenido una influencia decisiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de contratos bancarios como los préstamos hipotecarios o las tarjetas de crédito.
5. Los mercados financieros, siendo esencial la labor del Banco Central Europeo, el Mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo Único de Resolución, que proyectan su acción sobre las entidades financieras y bancarias de mayor tamaño en coordinación con los bancos centrales estatales y demás autoridades de supervisión nacionales.

Así mismo, la mayor parte de la normativa española sobre mercados de valores tiene origen en normas europeas que tratan de consolidar un mercado de capitales europeo que facilite la financiación empresarial, la profesionalización de los operadores del mercado y la protección de los inversores.

Las normas europeas también tratan de armonizar el acceso y ejercicio a la actividad aseguradora con requerimientos uniformes de capital, un sistema homogeneizado de supervisión y la armonización de las normas sobre información y transparencia.

1. El derecho concursal, en el que destaca el reglamento de procedimientos de insolvencia de 2015 y la directiva sobre derecho preconcursal y segunda oportunidad de 2019, transpuesta al derecho español por la Ley de 5 de septiembre de 2022, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.

José Marí Olano

2 de noviembre de 2022