



COLECCIÓN APUNTES UNIVERSITARIOS

# DERECHO MERCANTIL I

**GRADO DERECHO**

9 Créditos

**DOBLE GRADO ADE - DERECHO**

9 Créditos

**DOBLE GRADO DERECHO - CIENCIAS POLÍTICAS Y DE LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

9 Créditos

**DOBLE GRADO DERECHO - CRIMINOLOGÍA**

9 Créditos

*Pillatoner*  
Tot en cartutxos de tinta i toners per a impresora

*Pillaapuntes*  
Venda d'apuntes universitaris i consumibles informàtics

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la editorial.

Edita e imprime: PILLATONER SL

Autor: Eva Martinez Pujades

C/ Ramón Llull, 45 bajo – 46021 – Valencia

Teléfono: 96 304 57 13

E-mail: [pillatoner@yahoo.es](mailto:pillatoner@yahoo.es)

Fecha edición: Abril 2014

## **Prólogo**

*Pillatoner SL*, es una empresa dedicada a la edición y venta de apuntes para universitarios. Somos una empresa joven que tiene por objetivo lograr dotar al estudiante universitario de un material de apoyo adicional a los ya existentes (manuales, asistencia a clase, material de reprografía, etc.)

Es por ello que recopilamos los apuntes de aquellos alumnos que asisten regularmente a clase, que completan sus apuntes con manuales, así como con conocimientos previos. Ofrecemos al estudiante, un resumen de lo más imprescindible de cada asignatura, con el fin de que sirva de material adicional (adicional porque sin conocimientos previos, difícilmente valdrá de algo esta compilación de apuntes), a los métodos ya existentes.

Esperemos que con esta colección, la vida universitaria se haga al estudiante más corta y fructífera. Suerte y a estudiar, que es el único método conocido (exceptuando las chuletas), de aprobar la carrera.

## **Temario**

### **Tema 1. Formación histórica del derecho mercantil. Conceptos y fuentes. Constitución económica**

- El derecho mercantil como categoría histórica
- Constitución económica
- El concepto y el contenido del Derecho Mercantil
- Fuentes del Derecho Mercantil
- La jurisdicción especializada. Los juzgados Mercantil. Competencias materiales y territoriales

### **Tema 2. El empresario mercantil y la empresa. Estatuto del empresario mercantil**

- Concepto y clases de empresario. Sus notas características. El concepto de comerciante en el Código de Comercio. Valoración crítica
- Concepto de empresa y aspectos jurídicos de su organización
- Estatuto jurídico del empresario mercantil

### **Tema 3. Derecho de la competencia (I). Defensa de la competencia**

- La libertad de competencia. Significado y fuentes de regulación
- Sistemas legislativos de protección de la libre competencia. El régimen jurídico de la competencia en la Unión Europea
- La defensa de la competencia en el Derecho español

### **Tema 4. Derecho de la competencia (II). La competencia desleal y derecho de la publicidad**

- La competencia desleal
- Derecho de la publicidad

## **Tema 5. El derecho de la propiedad intelectual o de los bienes inmateriales (I)**

- La protección internacional y en la Unión Europea
- La protección de las invenciones. Las patentes
- La protección del diseño industrial
- La protección del secreto industrial y del Know how
- Propiedad intelectual, globalización y desarrollo

## **Tema 7. Derecho de sociedades. Sociedades mercantiles. Teoría general. Sociedades personalistas**

- El derecho de sociedades. Concepto, fundamentos y ámbito
- El concepto legal de sociedad. Elementos de contrato de sociedad. Tipología
- Sociedades civiles y sociedades mercantiles
- Requisitos de la constitución de las sociedades mercantiles
- La personalidad jurídica de las sociedades. Significado y límites
- La sociedad colectiva

## **Tema 8. Las sociedades de capital (I). Concepto. Constitución. Capital social y patrimonio. Aportaciones sociales**

- Concepto, principios y características de la SA y de la SRL
- Tipología legal y en la realidad de la SA y de la SRL
- La constitución o fundación de la SA y de la SRL. Procedimientos
- La nulidad de la SA y de la SRL
- Régimen de la sociedad en formación y de la sociedad irregular
- Capital social y patrimonio, fondos propios y capital social
- Las aportaciones sociales en la SA y en la SRL. Las prestaciones

## **Tema 9. Las sociedades de capital (II) Las acciones y las participaciones sociales. Derechos de los socios**

- La acción como parte del capital social
- Clases de acciones

- Representación de las acciones
- La transmisión de las participaciones sociales
- Régimen de los negocios sobre las acciones y las participaciones Sociales
- Las acciones y las participaciones sociales como conjunto de derechos

## **Tema 10. Las sociedades de capital (III) Órganos de la SA y de la SRL**

### **(1) La junta general**

- Concepto, clases y competencias de las Juntas Generales
- Requisitos de convocatoria, constitución y celebración de la Junta General

## **Tema 11. Las sociedades de capital (IV) Órganos de SA y de la SRL. El órgano de administración**

- Clases o formas del órgano de administración
- Ámbito de representación del órgano de administración
- Nombramiento y cesamiento de los administradores
- Retribución de los administradores
- Deberes de los administradores
- La responsabilidad de los administradores
- Régimen jurídico del Consejo de Administración

## **Tema 12. Las sociedades de capital (V) Cuentas anuales. Modificación de los estatutos en la SA y en la SRL. Separación y exclusión de socios**

- Las cuentas anuales
- Modificación de estatutos
- Separación y exclusión de socios

## **Tema 13. Las sociedades de capital (VI) Modificaciones estructurales. Disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles**

- La transformación de las sociedades mercantiles

- La fusión de las sociedades mercantiles
- La escisión de las sociedades mercantiles
- La cesión global de activo y pasivo
- Disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles

#### **Tema 14. Subtipos de la SA y de la SRL y sociedades especiales. Grupos de empresa/sociedades y otros instrumentos asociativos de cooperación empresarial**

- La sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada
- La sociedad de responsabilidad limitada Nueva Empresa
- La sociedad anónima Europea
- La sociedad anónima deportiva
- La sociedad anónima de capital público
- Las sociedades laborales
- Las sociedades de base mutualista
- Uniones temporales de empresas

#### **Tema 15. Derecho concursal (I)**

- Introducción
- La reforma del Derecho Concursal
- Los presupuestos subjetivos y objetivos del concurso
- La solicitud del concurso
- La administración del concurso
- Efectos de la declaración del concurso

#### **Tema 16. Derecho Concursal (II)**

- La masa activa
- La masa pasiva
- El convenio.

## **TEMA 1. FORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL. CONCEPTO Y FUENTES. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA**

### **1. EL DERECHO MERCANTIL COMO CATEGORÍA HISTÓRICA**

#### **Origen de la disciplina en la Edad Media.**

El Derecho mercantil surge en la Edad Media (siglos XI y XII) (Baja Edad Media) como consecuencia de la inadaptación del Derecho común o del ordenamiento entonces vigente (Derecho romano recibido) a una nueva realidad patrimonial, caracterizada por el florecimiento de una economía urbana, mercantil, dineraria y crediticia, que tiene como escenario la ciudad y el mercado; como protagonistas, los mercaderes; como actividad, el comercio; y como objeto, las mercaderías, el dinero y el crédito frente a la economía feudal y esencialmente agraria de la Alta Edad Media.

Su nombre se identifica con la materia inicialmente regulada (el comercio) y ésta se delimita con un criterio fundamentalmente **subjetivo**, acorde con el carácter profesional de la actividad que constituye su objeto.

Su origen tiene un carácter **consuetudinario** (creado por la costumbre de los mercaderes, como fuente del Derecho) y **corporativo** (surgido en el seno de las corporaciones de mercaderes, como organizaciones profesionales, y aplicado por éstas a sus miembros)

Tener en cuenta:

- No siempre ha existido un Derecho mercantil como rama especial del Derecho privado patrimonial
- La delimitación de su materia no siempre responde a los mismos criterios, sino que varía a lo largo del tiempo y de un ordenamiento jurídico a otro.

Por tanto ese nuevo Derecho (*ius mercatorum*) aparece con las siguientes características:

- Es un Derecho de los comerciantes, agrupados en gremios o corporaciones, un Derecho corporativo

- Es un Derecho usual: es la costumbre, el uso del comercio, la fuente primordial de creación del nuevo Derecho
- Es un Derecho de producción autónoma y un Derecho de aplicación autónoma: el reconocimiento y elaboración de los usos comerciales a través de los tribunales de mercaderes y los estatutos de los gremios consolidan la significación del Derecho mercantil como un Derecho surgido del tráfico y alejado, por tanto, de la idea de un Derecho emanado del poder legislativo del Estado.
- Derecho de aplicación autónoma: las corporaciones (denominadas consulados en territorio español) instituyeron tribunales de mercaderes (jurisdicción consular) para resolver las cuestiones o conflictos surgidos entre los asociados, administrando justicia según los usos o costumbres del comercio.
- Derecho sustancialmente uniforme

### **El Derecho Mercantil en la etapa del mercantilismo económico. Las Ordenanzas y los Consulados Españoles**

Durante la Edad Moderna, la formación de los Estados modernos y la consolidación de la soberanía del monarca produjeron importantes alteraciones en el D<sup>o</sup> mercantil. Algunos de los cambios más importantes fueron:

- Sometimiento al poder real de aquellos privilegiados hasta el momento.
- Afirmación del poder del Estado.
- Voluntad de proceder a una uniformidad jurídica, por voluntad real. Destacan en España las Ordenanzas de Bilbao de 1737, muy influidas por las francesas y por la tradición jurídica española.
- Aparición paulatina de la Ley como fuente del D<sup>o</sup> mercantil (pérdida de autonomía).
- Los tribunales especiales consulares subsisten y sus competencias se amplían, pero quedarán adscritos formalmente a la jurisdicción del rey, en cuyo nombre imparten justicia (pérdida de autonomía).
- Pérdida de uniformidad como consecuencia del proceso de “estatalización” o “nacionalización” del D<sup>o</sup> mercantil.

- Continuidad de las instituciones anteriores, pero surgen también algunas nuevas, como la Banca y la Bolsa, conectadas con el desarrollo del sector financiero.
- Aparición de las compañías coloniales, que pueden considerarse como el primer antecedente de las actuales sociedades anónimas. Eran entes creados por iniciativa pública, y concebidos para la captación de los grandes capitales que exigía la colonización del “Nuevo Mundo”.

### **La objetivación del Derecho Mercantil. La codificación del siglo XIX**

El Derecho mercantil de los siglos XVI a XVIII, sin dejar de ser un de Derecho profesional de los comerciantes, inicia un doble proceso de objetivación y de estatalización

- **Proceso de objetivación:** el ordenamiento jurídico-mercantil se aplica a las relaciones del tráfico, no en función de la intervención de una persona que sea comerciante, sino simplemente de que una determinada relación del tráfico pueda ser calificada como “acto de comercio”, sean o no comerciantes quienes los realicen.
- **Proceso de estatalización:** el Estado reivindica para sí el monopolio de la función legislativa, pasando el Derecho mercantil a formar parte del Derecho estatal en Ordenanzas dictadas por la autoridad central. Este fenómeno de centralización repercute en el sistema de fuentes: la ley toma primacía sobre el uso, pasando a considerar el Derecho mercantil como un Derecho legislativo y no como un Derecho usual o consuetudinario.

Codificación mercantil:

A comienzos del siglo XIX se perciben las bases de una nueva orientación en consonancia con la ideología liberal triunfante. La tendencia hacia la asunción por el Estado del monopolio de la función legislativa tiene ahora una expresión positiva: frente a las Ordenanzas de los siglos anteriores, surge la idea de Codificación, que se presenta como un instrumento de la unidad nacional y responde al ideal de transformar la razón en Ley escrita e igual para todos.

En el ámbito del Derecho mercantil, la primera codificación se produce con el Código de Comercio francés de 1807, que tendrá una influencia decisiva en las posteriores codificaciones mercantiles de otros países europeos y americanos.

El Código de Comercio de Napoleón sostiene un criterio fundamentalmente objetivo, basado en el “acto de comercio”, en virtud del cual el Derecho mercantil se aplica a los actos que el legislador considera mercantiles por su naturaleza, con independencia de la condición personal de quien los realice (comerciante o no) y de su carácter profesional o asilado.

En el modelo napoleónico se inspiraron los 2 Códigos de Comercio promulgados en España:

- El de 1829, bajo el reinado de Fernando VII, obra del jurista Pedro Sainz de Andino.
- El de 1885 (vigente), bajo el reinado de Alfonso XII. Se compone de 4 libros:
  - o “De los comerciantes y del comercio en general”
  - o “De los contratos especiales de comercio”
  - o “Del comercio marítimo”
  - o “De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones”

Los libros se encuentran subdivididos en títulos, secciones, párrafos y 955 artículos. Precedido por una amplia Exposición de Motivos, en la que se dice que responde a una concepción objetiva, lo cierto es que el articulado posterior del Código exige, con frecuencia, la participación de un comerciante para calificar como mercantiles ciertos actos de comercio (arts. 238, 244, 303, 311 y 349).

En 1889, bajo la regencia de la Reina Cristina, se promulgó el CC, en el que se recoge el Derecho patrimonial privado común. Se refleja así en la codificación española el dualismo, común y especial, del Derecho privado.

## **Tendencias actuales del Derecho Mercantil en el marco del neocapitalismo y la globalización económica.**

La globalización de la economía ha dado lugar al nacimiento de una nueva ley mercatoria que recuerda el proceso formativo del viejo *ius mercatorum* como Derecho consuetudinario de vigencia universal.

En el ámbito continental, el Tratado de Roma (constituye la CEE) y el Tratado de Maastricht de 1992 (constituye la UE) han incidido íntimamente en el Derecho mercantil de los Estados miembros. Así, desde el ingreso en de España en la CEE en 1986 se han producido notables y progresivos cambios de la legislación mercantil española.

Esa tendencia a la unificación, tanto a nivel mundial como comunitario, va unida a una incesante creación de nuevas instituciones e instrumentos jurídicos. Nuevas formas societarias (sociedades de garantía recíproca, agrupaciones de intereses económicos o la sociedad anónima europea), nuevos contratos (leasing, factoring, etc.) y nuevos instrumentos jurídicos (nuevos valores mobiliarios) van dando una imagen nueva del Derecho mercantil

### **2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA**

Se habla de “Constitución económica” para referirse a aquellos artículos de la CE de 1987 que configuran el modelo económico español. La CE establece en España un sistema capitalista. Ello se deriva de determinados arts. de la CONSTITUCIÓN.

**El artículo 38 reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. El artículo 33.1 reconoce con carácter general el derecho a la propiedad privada.** Éstas son las libertades económicas imprescindibles para que exista una economía de mercado.

El art. 38 añade que los poderes públicos garantizan y protegen el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa d la productividad “de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, dela planificación”.

Relaciones del 38CE con el 53CE

El artículo 38 se encuentra situado en el apartado de los derechos fundamentales (sección II). Por tanto, su protección constitucional es distinta a la protección que reciben los que se encuentran en la sección I.

Los derechos y deberes fundamentales de la sección I sólo pueden ser regulados por ley orgánica (las Cortes españolas, estatal).

Los artículos de la sección II del título I están regulados por ley, no por ley orgánica. Excepto el **art 30 de la sección II** (objeción de conciencia), el resto de derechos y deberes de la sección II del título I, **no son recurribles en amparo.**

### **Artículo 38.**

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

### **Artículo 53.**

1. Los derechos y libertades reconocidos en el **Capítulo II del presente Título** vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el **artículo 161.1.a.**

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el **artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II** ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el **artículo 30.**

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el **Capítulo III**, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la

Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.

### **Artículo 128.**

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. **(No existe subordinación de la iniciativa pública a la privada ni al revés, se encuentran en plano de igualdad)** Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

### **Artículo 129.**

1. La Ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

2. **Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán**, mediante una legislación adecuada, **las sociedades cooperativas**. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Junto a estas normas básicas, la CE recoge normas más alejadas de una pura economía liberal de mercado y que establecen límites en la garantía y protección del ejercicio de dicha libertad. Esos preceptos van dirigidos a promover:

- las condiciones favorables a una política de estabilidad económica y pleno empleo: art. 40.1
- la educación y defensa de los consumidores y usuarios: art. 51.1 y 2

- el reconocimiento de la “iniciativa pública en la actividad económica”:  
art. 128.2
- la subordinación de toda la riqueza del país al interés general: art. 128.1
- el fomento de las sociedades cooperativas y el establecimiento de los medios de acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción: art129.2
- la facultad de planificación de la actividad económica general: art. 131

CAPÍTULO III de la CE. de los principios rectores de la política social y económica.

#### **Artículo 41.**

Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

#### **Artículo 51.**

1. Los poderes públicos garantizarán la **defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante** procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

### **3. EL CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO MERCANTIL**

El Derecho mercantil es el Derecho privado especial que tiene por objeto al empresario, a estatuto jurídico de ese empresario y a la actividad que éste desarrolla en el mercado.

Empresario: aquella persona, natural o jurídica, que ejercita en nombre propio una actividad empresarial.

Actividad empresarial: modo especial de desarrollar, dentro del mercado, una actividad económica cualificada.

El Derecho mercantil es Derecho privado, distinto y separado del Derecho Civil. Ese Derecho privado especial se contiene en el ordenamiento jurídico español en el Código de Comercio de 1885 y en las leyes mercantiles posteriores.

El objeto de este Derecho privado especial es el empresario y la actividad empresarial.

#### **4. FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL**

Las fuentes del derecho mercantil son las mismas que las fuentes del resto del ordenamiento jurídico. No se puede hablar de unas fuentes distintas. En materia mercantil, la excepcionalidad con respecto al resto del ordenamiento jurídico, reside en la distinta aplicación en el orden de las fuentes.

En el art.2 y 50 del C. de c. se encuentran enumeradas las fuentes del Derecho mercantil. El art. 2 es la regla general mientras que el art. 50 especifica algunos aspectos de la materia contractual.

##### Art. 2 C. de c.

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 el C. de c. o en cualquier otra ley no contenida en el C. de c. que contenga regulación mercantil, leyes especiales**); 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**.

En ausencia de norma, se aplican los usos:

La objetivación del uso (lo que le da verdadera fuerza normativa), sólo se consigue cuando se practica de modo uniforme, general y duradero o constante, y cuando a la vez existe la convicción de su obligatoriedad o la intención de continuar un precedente cuando menos.

La jurisprudencia del TS exige que se pruebe la existencia del uso, es un presupuesto de aplicabilidad.

A partir de 1492 (inicio de la Edad Moderna), el descubrimiento de América y la caída de Constantinopla, lleva consigo la reapertura de las rutas de comercio de Oriente Medio. Por otra parte, se abre otro gran mundo, el Atlántico. Desde el punto de vista político, cae el sistema feudal. Todo ello supone la positivización del Derecho.

En el comercio internacional, los usos del comercio están muy presentes. La nueva realidad de la globalización e internacionalización hace que los comerciantes creen sus propias normas en materia mercantil. Por tanto, desde el punto de vista interno, los usos pierden importancia mientras que en el ámbito internacional no ocurre lo mismo.

### **Funciones de los usos (posible pregunta de examen):**

- normativa
- interpretativa
- integrativa

En ausencia de usos del comercio, se aplica el Derecho común (Derecho civil o el Derecho foral)

Cuando no se encuentran leyes mercantiles ni usos de comercio aplicables a ese conflicto y se debe aplicar el Derecho común o Derecho foral, es necesario volver a la ordenación de las fuentes del Derecho de todo el ordenamiento jurídico (1º ley civil, 2º costumbre y 3º PGD)

**Artículo 50** (disposición específica, regula una materia concreta del Derecho mercantil):

Los **contratos mercantiles**, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se registrarán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común.

Por todo en primer lugar, se aplica la legislación mercantil y en segundo lugar se aplica el derecho común. La diferencia con el art. 2 se encuentra en que, en materia de contratos los usos del comercio se aplican en último lugar (1º ley, 2º Derecho común, 3º usos del comercio)

- La Constitución y el Derecho Mercantil. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas.

El artículo 2 del Código de Comercio establece como fuentes del Derecho mercantil: la ley mercantil, la costumbre mercantil y el Derecho común.

- Fuentes de producción del Derecho Mercantil.

- o La legislación mercantil.

La primera fuente del Derecho mercantil es la ley mercantil. No se refiere exclusivamente al C. de c. sino a cualquier ley específicamente aplicable a la materia mercantil.

La Ley, como primera fuente formal de nuestro ordenamiento, comprende toda norma estatal escrita, cualquiera que sea su rango jerárquico, así que la ley mercantil, como primera fuente formal del Derecho mercantil, encierra toda norma estatal escrita, codificada o no, dirigida a normar materia mercantil. Por tanto, el concepto de ley mercantil se incluyen disposiciones legales (leyes formales, decretos legislativos y decretos-leyes) y disposiciones administrativas de carácter general (normas reglamentarias aprobadas por decretos, órdenes, resoluciones, ordenanzas, etc.).

La legislación mercantil es de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª CE). En materia mercantil el Estado no sólo tiene atribuida la producción de normas con rango de ley, sino también las funciones de ejecución de la normativa. Por tanto, cabe afirmar

que la legislación mercantil entendida como Derecho privado especial, que tiene por objeto el empresario y la actividad empresarial es, por exigencias de la misma unidad de mercado, de ámbito y carácter estatal.

Por tanto, a priori, la competencia en materia mercantil es exclusiva del Estado. El problema radica en que el propio art. 149 CE atribuye competencia exclusiva a las CCAA en ciertas materias mercantiles. Ej: en materia de cooperativas.

Por tanto, en esas materias específicas en las cuales las CCAA tienen atribuida una competencia exclusiva, debe regular las propias CCAA.

Por otro lado, existen determinadas materias mercantiles en las que el Estado se encarga de elaborar una legislación básica mientras que las CCAA tienen competencia para desarrollar esa legislación básica estatal.

La legislación mercantil del ordenamiento jurídico español se contiene en el Código de Comercio y en las leyes mercantiles especiales.

Las leyes mercantiles especiales se pueden clasificar como:

- Disposiciones que regulan materias contenidas en el Código de Comercio desarrollando sus previsiones
- Disposiciones que modifican preceptos del Código de Comercio
- 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 C. de c., ahora se encuentra fuera de él en leyes especiales
- Disposiciones sobre materias que el C. de c. no regula
  - o Los usos del comercio.

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

El Derecho mercantil tiene un origen consuetudinario, sin embargo, la progresiva estatalización y legalización del Derecho mercantil han relegado el uso a su actual carácter de fuente subsidiaria, reconociendo así la primacía de la ley. Se trata pues de una fuente subsidiaria de primer grado del Derecho mercantil.

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 normas autónomas.

La objetivación del uso (lo que le da verdadera fuerza normativa), sólo se consigue cuando se practica de **modo uniforme, general y duradero o constante**, y cuando a la vez **existe la convicción de su obligatoriedad** o la intención de continuar un precedente cuando menos.

Los usos mercantiles se clasifican:

- Según la materia:
  - o Usos mercantiles comunes o generales del comercio
  - o Usos mercantiles especiales de una determinada actividad
  
- Según el ámbito territorial de aplicación:
  - o usos internacionales
  - o usos nacionales
  - o usos regionales
  - o usos locales
  - o usos de plaza
  
- la más importante:
  - o usos normativos: usos nacidos para suplir las lagunas de la ley. Es independiente de la voluntad de las partes, ya que representa la objetivación del uso interpretativo, se impone a éstas constituyendo una norma del Derecho objetivo
  - o usos interpretativos: usos que ayudan a la interpretación de los contratos. Depende de la voluntad de las partes, ya que facilita la interpretación de esa voluntad en un contrato, bien descubriéndola, bien interpretando su expresa declaración.

La prueba del uso:

El art. 1.3 C.c. exige para la aplicación del uso que éste sea probado.

Para lograr la constatación del uso (norma consuetudinaria de Derecho no escrito), esto es, para cerciorarse de la existencia del uso, el juez no estará obligado a atenerse exclusivamente a las pruebas que las partes hayan podido aportar al proceso, y podrá procurarse de oficio otros elementos de juicio.

- El derecho común o civil.

El Derecho común, llamado por el art. 2 C. de c. a disciplinar la materia mercantil en defecto de ley y costumbre mercantiles, NO ES FUENTE DEL D<sup>o</sup> MERCANTIL, sino un Derecho diverso, otra rama del Derecho privado, que tiene carácter de Derecho supletorio o subsidiario respecto a la materia mercantil

Las fuentes formales del Derecho común (ley, costumbre y PGD) no son fuentes del Derecho mercantil.

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

Art. 2 C. de c.: 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) aplicable.

Esta precedencia absoluta del Derecho mercantil escrito o consuetudinario sobre el Derecho común no parece tener excepciones.

Sin embargo, el art. 50 C. de c. establece una excepción a lo dispuesto en el art. 2, ya que supone, en defecto de ley mercantil, la aplicación prioritaria del Derecho común al Derecho mercantil consuetudinario. (Sólo las materias directamente mencionadas en el art. 50, en el resto de materias no rige esta excepción)

## **Artículo 50.**

Los **contratos mercantiles**, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se registrarán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común.

El “Derecho común” invocado en los art. 2 y 50 del C. de c. hace referencia al Derecho civil de aplicación general en todo el territorio español (CC y leyes civiles generales o comunes) excluyendo así los Derecho territoriales civiles, “especiales o forales”.

- El ordenamiento jurídico de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Mercantil.

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, así como las normas de competencia aplicables a las empresas, suponen la creación de un mercado común, que el Acta Única de 1986 orientó hacia un mercado interior.

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 y 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. Se ha abierto así un proceso de cambio en el Derecho español, que resulta especialmente profundo en el mercantil y que acentúa la tendencia a la uniformidad de los distintos ordenamientos nacionales de los EEMM.

- La nueva ley mercatoria y el derecho uniforme del comercio internacional.

## **5. LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA. LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL. COMPETENCIAS MATERIALES Y TERRITORIALES**

La Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio (BOE del 2010), Ley Orgánica para la Reforma Concursal (LORC) crea los Juzgados de lo Mercantil con un doble propósito:

- Concentrar en el Juez del concurso el conocimiento de materias pertenecientes a distintas disciplinas jurídicas hasta entonces asignadas a distintos órdenes jurisdiccionales
- Avanzar decididamente en el proceso de la especialización.

La Exposición de Motivos de la LO 8/2003 explica que la denominación de Juzgados de lo Mercantil alude a a naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, aunque “ni se les atribuyen en este momento inicial todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles”.

Se trata de juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil, entre cuyos objetivos, cabe destacar que las situaciones que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas con mayor celeridad que lo eran hasta entonces, por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia.

Según el nuevo art. 86 ter LOPJ la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil son:

- Cuestiones en materia concursal:
  - o Acciones civiles
  - o Acciones sociales sobre extinción
  - o Modificación y suspensión colectivas de contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado (excluidas las relaciones laborales individuales)
  - o Toda ejecución contra bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado
  - o Todas las medidas cautelares, las relacionadas con la asistencia jurídica gratuita y las acciones de responsabilidad civil contra las

administraciones sociales, los auditores y en su caso los liquidadores de la sociedad concursada.

- Otras materias:

- Competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, sociedades mercantiles y cooperativas
- Transportes nacional e internacional
- Derecho Marítimo
- Condiciones generales de contratación
- Resoluciones de la DGRN en materia de recursos contra calificación del Registrador Mercantil
- Procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado y los pleitos de Derecho privado que origine su aplicación
- “cuantas incidencias y pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente sobre arbitraje en las materias a las que se refiere este apartado”

¿QUÉ PASARÍA SI SE ELIMINASE EN LA CONSTITUCIÓN EL ART. 38? : CONSITUCIÓN ALEMANA, LEY DE BON