

## Capítulo 1

# **EL DERECHO MERCANTIL: CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO. EL ACTO DE COMERCIO: CONCEPTO Y CLASES. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL. EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. OTRAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL. RELEVANCIA DE LAS NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Sumario: I. EL DERECHO MERCANTIL: CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO. 1. El concepto de Derecho mercantil. 2. Caracteres. 3. Contenido. 3.1. La regulación de la organización empresarial. 3.2. El estatuto jurídico del empresario individual y las sociedades mercantiles. 3.3. Los instrumentos del tráfico mercantil. 3.4. Las situaciones anormales en la vida de la empresa. 3.5. La regulación especial de la navegación marítima y aérea. II. EL ACTO DE COMERCIO: CONCEPTO Y CLASES. 1. Concepto de los actos de comercio. 2. Clases de actos de comercio. 2.1. Actos principales. 2.2. Actos accesorios. 2.3. Actos mixtos. III. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL. IV. EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. 1. El código de comercio. 1.1. El proceso de codificación en materia mercantil. 1.2. Estructura y contenido del código de comercio de 1885. 2. Las leyes especiales. V. OTRAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL. 1. Los usos mercantiles. 1.1. Concepto. 1.2. Clases de usos mercantiles. 1.3. Prueba de los usos mercantiles. 1.4. Decadencia del uso mercantil y las condiciones generales de la contratación. 2. Las condiciones generales de la contratación. 2.1. Concepto. 2.2. Clases. 2.3. Requisitos de incorporación. 2.4. Cláusulas excluidas. 2.5. Acciones protectoras. VI. RELEVANCIA DE LAS NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. VII. DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.

## I. EL DERECHO MERCANTIL: CONCEPTO, CARACTERES Y CONTENIDO

### 1. El concepto de Derecho mercantil

El Derecho mercantil, rama especial del ordenamiento jurídico surgido en la Baja Edad Media, nace para dar respuesta a la exigencia de regular adecuadamente la entonces incipiente economía de mercado<sup>1</sup>. Puede ser así definido como aquella rama del ordenamiento jurídico privado patrimonial privado que se ocupa de la organización y la actividad profesional de los empresarios en el mercado.

Abordaremos a continuación el proceso de formación histórica del Derecho mercantil<sup>2</sup>.

#### a) El *ius mercatorum ratio mercatore*. Nacimiento del Derecho mercantil

El Derecho mercantil nace en la Baja Edad Media, como consecuencia del renacimiento socioeconómico acontecido en Europa en los siglos XI y XII, así como de la insuficiencia del Derecho común para afrontar las nuevas necesidades. Se trataba de un derecho particular de base personal o profesional –*ius mercatorum*–, creado y aplicado directamente por los propios comerciantes en el ejercicio de sus actividades de comercio –*ratio mercatore*–, y cuyas principales fuentes son los estatutos de las corporaciones y la costumbre mercantil –*usus mercatorum*–, de producción autónoma.

#### b) La Codificación

La aparición de los Estados nacionales en la Edad Moderna abrió una etapa intermedia, que marca el tránsito del *ius mercatorum* a la Codificación decimonónica, coincidente con la doctrina económica del mercantilismo, vinculada estrechamente a la política del Estado nacional, que abogaba por su intervención y control de la actividad mercantil.

Esta rama del Derecho era hasta entonces de elaboración autónoma pero tendió a convertirse en derecho estatal y legislado, por la ampliación de la actividad mercantil y la necesidad de someter a las leyes a las personas que, no siendo comerciantes, realizaran operaciones de comercio.

<sup>1</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo. *Nociones de Derecho mercantil*, p. 13.

<sup>2</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho mercantil*, pp. 7 y ss.

El movimiento codificador se extenderá rápidamente a la mayoría de los Estados europeos, que tomarán como base de inspiración el *Code de commerce* francés de 1807.

### c) El Derecho mercantil en el proceso de la Codificación española

En España, la necesidad de una codificación mercantil fue impulsada por los ilustrados desde finales del siglo XVIII, y, finalmente, nuestro primer Código de Comercio de 1829 adoptó como eje principal al comerciante, aunque no de forma exclusiva, porque optó también por regular los actos de comercio. Así, el Código de 1885 acabó elevándolo a condición nuclear del Derecho mercantil, si bien sin llegar a ofrecer una completa definición, ya que en su art. 2 no concluye una caracterización final de las propiedades objetivas que terminaban por identificar un acto de comercio por analogía.

No ha de olvidarse que la codificación decimonónica consagró en España el dualismo normativo del Derecho privado con la promulgación del Código Civil y el Código de Comercio el cual, hoy, cuenta sólo con una reducida fracción de la normativa mercantil, esencialmente la relativa a personas físicas comerciantes y sociedades personalistas, registro mercantil, determinados puntos de la contabilidad de las empresarios y algunas especialidades en materia de obligaciones y contratos mercantiles. Ello no es sino consecuencia de un proceso decodificador progresivamente acelerado, que recoge actualmente en su mayor parte un extenso conjunto de leyes especiales que integran, con lo que queda en vigor del viejo Código, la legislación mercantil<sup>3</sup>.

### d) Teoría del Derecho mercantil como Derecho de la empresa

La doctrina mercantil contemporánea acabó por abrazar la teoría de la empresa, que sitúa a ésta como centro de referencia del Derecho mercantil.

Así, primero Heck, en 1902, propuso en Alemania la delimitación de la materia mercantil, diferenciada de la civil, a través de la *doctrina de los actos jurídicos celebrados en masa*, conforme a la cual el tráfico masivo y despersonalizado exige un tratamiento diverso del que requiere el acto aislado o esporádico, y en eso se justifica un Derecho mercantil especial, distinto del Derecho común o civil.

Posteriormente, Wieland, en 1920, subrayó que bajo esa actividad en masa existía una organización, *la empresa*, entendida como organización de

---

<sup>3</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo. *Nociones de Derecho mercantil*, p. 13.

capital y trabajo para la producción o el cambio de bienes y servicios, que explica la subsistencia de un Derecho privado especial.

Así, el Derecho mercantil es, en esta concepción, *el Derecho privado de los empresarios y del tráfico empresarial*, lo que no significa que el Derecho mercantil sea el *Derecho de la empresa*, ya que ésta no constituye su contenido exclusivo.

### e) El Derecho del mercado

Con posterioridad, la doctrina, en particular Olivencia, ha trasladado al *mercado* el fundamento y criterio delimitador del Derecho mercantil, dando lugar a definiciones como el *Derecho del mercado* o más propiamente, el *Derecho patrimonial privado especial que regula las relaciones que se desarrollan en el mercado entre sus diversos operadores, profesionales o no*, concepción ésta que se ajusta al sistema constitucional español en la medida en que la libertad de empresa se reconoce en *el marco de la economía de mercado* (art. 38) y se garantiza *la defensa de los consumidores y usuarios* (art. 51), así como la tutela de los trabajadores en la empresa.

### f) La situación actual del Derecho patrimonial privado español

La dualidad del Derecho patrimonial privado antes aludida, ha sido recogida por la Constitución Española que, al establecer en su Título VIII las relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómicos, reserva en el art. 149.1. 6º y 8º, la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, consagrando así la unidad para todo el territorio nacional del Derecho mercantil y reconociendo que esta legislación, distinta a la civil, se manifiesta en el Código de Comercio y en numerosas leyes especiales por razón de su materia<sup>4</sup>.

## 2. Caracteres

En cuanto a sus caracteres, distinguimos los siguientes:

- Disciplina autónoma dentro del Derecho privado.
- Disciplina con creciente vocación de internacionalidad, por la conveniencia de aproximar las legislaciones estatales, cuya divergencia dificulta el desarrollo del tráfico mercantil internacional e introduce inseguridad e incertidumbre en su regulación.

---

<sup>4</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y DÍAZ MORENO, Alberto. *Lecciones de Derecho mercantil*, p. 44.

- Elasticidad y flexibilidad, por su necesaria capacidad de adaptación tanto a los presupuestos de la producción como a las necesidades del consumo, exigiendo la más amplia liberación de las dificultades jurídicas para la conclusión de los negocios.
- Protección de la seguridad del tráfico, que refuerza el valor de la apariencia jurídica.
- Por último, la tendencia uniformista y tuitiva de muchas de sus instituciones y el carácter imperativo de la correspondiente disciplina.

### 3. Contenido

El contenido actual del Derecho mercantil pivota en función de dos datos: el carácter de sus normas y el ámbito de su materia.

- Carácter de sus normas. El Derecho mercantil se incluye en el Derecho privado como rama especial, distinta del Derecho común.
- Ámbito de su materia. El sector de la realidad patrimonial regulado ha de estructurarse en torno a la empresa como organización económica, lo que no significa que el Derecho mercantil sea el Derecho de la empresa, pues ésta constituye una compleja categoría del campo de la economía que no es materia exclusiva de ninguna rama jurídica.

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

Por tanto, en cuanto a su contenido podemos indicar que comprende:

#### 3.1. *La regulación de la organización empresarial*

Como concepto previo, en los términos indicados.

#### 3.2. *El estatuto jurídico del empresario individual y las sociedades mercantiles*

Engloba el concepto de empresario y sus clases (individual y social, especialmente las sociedades), sus auxiliares y estatuto jurídico (contabilidad, competencia, registro y procedimiento concursal), así como los derechos de propiedad industrial e intelectual.

### **3.3. *Los instrumentos del tráfico mercantil***

Es decir la actividad profesional en el mercado constituido fundamentalmente por los contratos y obligaciones y los valores (títulos-valores y anotaciones en cuenta).

### **3.4. *Las situaciones anormales en la vida de la empresa***

Como los supuestos de iliquidez o insolvencia.

### **3.5. *La regulación especial de la navegación marítima y aérea***

Derecho de la navegación aérea y marítima.

## **II. EL ACTO DE COMERCIO: CONCEPTO Y CLASES**

### **1. Concepto de los actos de comercio**

Siguiendo al Código de Comercio francés y a la doctrina mercantilista decimonónica francesa, el art. 2 del CCom dispone que “*serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de análoga naturaleza*”.

El acto de comercio constituye el elemento fundamental sobre el que se construye nuestro Derecho mercantil, pero el CCom no ofrece una definición objetiva de lo que deba entenderse por el mismo ni tampoco una enumeración de los actos de comercio. El Código va a responder en cambio a un sistema mixto, fundamentado en los conceptos de comerciante y de actos de comercio y, dentro de estos, unos, que sólo pueden ser realizados por comerciantes y otros, que admiten su celebración, ocasional o aislada, por no comerciantes (art. 325).

Esta laguna ha sido suplida por la jurisprudencia que concibe como actos de comercio todos aquellos actos a título oneroso que presentan los siguientes caracteres:

- Primero, que se encaminen a la creación y circulación de la riqueza.
- Segundo, que atiendan al valor permutable de los bienes.
- Por último, que se realicen con habitualidad y con carácter profesional.

## **2. Clases de actos de comercio**

Distinguiremos entre actos principales, actos accesorios y actos mixtos.

### **2.1. Actos principales**

Son aquellos actos que tienen por sí mismos naturaleza mercantil ya que están necesariamente destinados a operaciones de interposición en el cambio de bienes y servicios.

Por otro lado, dentro de ellos, cabe establecer la siguiente diferenciación:

- Operaciones de interposición en el cambio de mercancías, como la compraventa mercantil.
- Operaciones de interposición en el cambio de dinero, como los contratos bancarios.
- Operaciones de interposición en el cambio de valores, como los contratos bursátiles.

### **2.2. Actos accesorios**

Son los que adquieren naturaleza mercantil en función de su relación con otros actos mercantiles.

Dentro de ellos distinguimos:

- En primer lugar, aquellos que tienen por finalidad la realización de otros actos mercantiles principales como los contratos de sociedad, de préstamo o depósito.
- En segundo, aquellos que cumplen una función auxiliar respecto a un acto principal como los contratos de transporte o seguro.
- Y finalmente, actos de Derecho marítimo.

### **2.3. Actos mixtos**

Estos actos presentan naturaleza mercantil para una de las partes y civil para la otra parte.

### III. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

Tradicionalmente ha venido discutiéndose si el Derecho mercantil constituye un ordenamiento completo, absolutamente independiente del Derecho civil o común y como reflejo de ello, dotado de un sistema de fuentes específico.

Recordada la historia del Derecho mercantil, de creación particular, y entendidas las fuentes formales como medios externos de manifestación de las normas jurídicas ha de afirmarse que, a la vista del derecho vigente en nuestro país, el Derecho mercantil carece de un sistema propio de fuentes<sup>5</sup>.

Por tanto, no difiriendo las fuentes formales del Derecho mercantil de las del Derecho civil habrá de estarse al art. 1.1 del CC, que dispone que *“las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”*.

Tan sólo podrá admitirse la primacía del Derecho mercantil como Derecho especial sobre el Derecho civil o común, respecto a la materia mercantil, y a ello responde el art. 2 del CCom al disponer 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 en cada plaza y, a falta de ambos, por las normas del Derecho común”*.

En base por tanto a los preceptos citados, la materia mercantil se encuentra sometida primero a la Ley mercantil, incluyendo no sólo el CCom sino también las disposiciones que poseen rango legal y reglamentaria e incluidos los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España (art. 96 de la Constitución).

El uso del comercio es la fuente subsidiaria aplicable, como regla general, en defecto de la Ley mercantil. La aplicación prioritaria del uso del comercio sobre el Derecho común se encuentra efectuada respecto de las materias mencionadas en el art. 50 del CCom, 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 regirán en todo lo que no se halle establecido expresamente en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.

---

<sup>5</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y DÍAZ MORENO, Alberto. *Lecciones de Derecho mercantil*, p. 52.

Finalmente, será de aplicación el Derecho civil o común, como ordenamiento general supletoriamente aplicable en defecto de normas estrictamente mercantiles, con la salvedad del citado art. 50. Esta aplicación del Derecho común a la materia mercantil habrá de realizarse de conformidad con la jerarquía de fuentes establecida en el art. 1 CC.

Respecto a si la referencia al Derecho civil lo es al de aplicación general en toda España o también a los derechos civiles forales especiales ha de resolverse según doctrina mayoritaria<sup>6</sup> a favor de la primera opción visto el contenido del art. 4.3 del CC al no deberse olvidar que la aplicación supletoria de los derechos civiles forales o especiales en detrimento del Derecho civil podría terminar por someter a la materia mercantil a una regulación diversa en función del ámbito territorial lo que resulta incompatible con el principio de unidad de mercado, competencia exclusiva del Estado conforme al art. 149 1.6 de la Constitución.

## **IV. EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA**

La fuente primaria del Derecho mercantil es la ley, ya que si bien el art. 2 del Código dispone que la materia mercantil (actos de comercio) se regirá, en primer lugar, por las disposiciones contenidas en él, no puede entenderse esta expresión como referida únicamente a las normas contenidas en el propio Código, sino a todas las leyes mercantiles especiales.

### **1. El Código de Comercio**

#### ***1.1. El proceso de codificación en materia mercantil***

La codificación mercantil tiene su origen en el art. 258 de la Constitución de 1812 que disponía que “*el Código Civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes*”.

El proceso de codificación atraviesa dos principales etapas presididas por los Códigos de Comercio de 1829 y de 1885, encontrándose éste último actualmente en vigor, con múltiples reformas y extracciones de materia a favor de las leyes especiales.

---

<sup>6</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y DÍAZ MORENO, Alberto. *Lecciones de Derecho mercantil*, p. 56

Este Código supuso menor progreso que el de 1829, y ha sido criticado por sus deficiencias técnicas y sistemáticas, aduciéndose también que, aunque colmó ciertas lagunas de la regulación anterior, representaba una concepción ya superada por el Derecho mercantil al no precisar el concepto de acto de comercio, dificultando así la delimitación de la materia mercantil y, por tanto, provocando confusión para precisar el régimen jurídico de ciertas instituciones reguladas tanto en el CCom como en el CC.

## ***1.2. Estructura y contenido del Código de Comercio de 1885***

### **a) Estructura**

El Código de Comercio consta de 955 artículos divididos en cuatro Libros sucesivamente dedicados a:

*I. De los comerciantes y del comercio, en general.* Regula el concepto de empresario, el sistema de fuentes del Derecho mercantil, el ejercicio del comercio por persona casada, el Registro Mercantil, la contabilidad de los empresarios, la disciplina básica de los contratos mercantiles, los lugares públicos de contratación y los agentes mediadores de comercio.

*II. De los contratos especiales del comercio.* Contiene las normas relativas a las compañías mercantiles, las cuentas de participación, los contratos mercantiles de comisión, depósito, préstamo, compraventa, permuta, cesión de créditos y fianza, los efectos al portador y las cartas-órdenes de crédito.

*III. Del comercio marítimo.* Establece el régimen jurídico de los buques, de las personas que intervienen en el comercio marítimo, de los contratos especiales del comercio marítimo y de los riesgos, daños y accidentes del comercio marítimo (averías, arribadas forzosas, abordajes y naufragios).

*IV. De las suspensiones de pagos, de las quiebras y de las prescripciones.* En la actualidad establece tan sólo la prescripción de las acciones derivadas de las instituciones reguladas en el Código de Comercio tras su derogación por la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio.

### **b) Contenido**

El Código de Comercio regula instituciones nuevas que no venían contempladas en el anterior como las operaciones bursátiles o la quiebra de las sociedades, pero deja al margen otras instituciones como la hipoteca naval y gran número de operaciones bancarias.

### c) **Función actual**

El Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 es el cuerpo legal mercantil de referencia aunque mantiene una regulación insuficiente y, en más de una ocasión, arcaica, provocando sus deficiencias en la aprobación de numerosas leyes especiales.

## 2. **Las leyes especiales**

El desarrollo de la actividad comercial y la insuficiencia del CCom para regularlas, han dado lugar a la aprobación de numerosas normas estatales de rango legal o reglamentario. Estas normas tienen su origen en distintos órganos de la administración central del Estado con potestad para dictarlas y se caracterizan porque su ámbito de aplicación se extiende a todo el territorio español.

En cuanto a sus clases, atendiendo a su rango jerárquico, se pueden establecer dos grandes categorías.

### a) **Disposiciones de rango legal**

En atención a su relación con el CCom, se pueden diferenciar en:

- *Disposiciones que han modificado el mismo con la finalidad de actualizar el texto codificado adaptándolo a la realidad del tráfico jurídico mercantil existente en cada momento*, caso de la Ley Cambiaria y del Cheque, la Ley del Mercado de Valores, la de reforma parcial y adaptación en legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, agrupaciones de interés económico, la de sociedades de responsabilidad limitada, la concursal, o la de sociedades de capital, entre otras.
- *Disposiciones que han derogado preceptos del Código de Comercio en materias afectadas por leyes especiales más modernas y adaptadas a la realidad vigente en cada momento*, de modo que estas materias que antes estaban reguladas en el CCom ahora lo están fuera de él, en las llamadas leyes especiales, caso de la Ley de Contratos de Seguro, la de modificación de determinados artículos del CCom de leyes hipotecarias, la de puertos del Estado o la de navegación marítima, entre otras.
- *Disposiciones sobre materias que el Código de Comercio no regulaba o respecto de las que éste remitió a leyes posteriores a su promulgación*, como la Ley de Hipoteca Naval o la de ordenación del

comercio minorista, de competencia desleal, de agrupaciones de interés económico, de régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, de defensa de consumidores y usuarios o de sociedades laborales y participadas, entre otras.

Destacamos en este punto, sin ánimo exhaustivo, las siguientes leyes mercantiles especiales:

- Ley de Contrato de Seguro de 1980.
- Ley Cambiaria y del Cheque de 1985.
- Ley de Competencia Desleal de 1988.
- Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998.
- Ley de Cooperativas de 1999.
- Ley de Marcas de 2001.
- Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico de 2002.
- Ley Concursal de 2003.
- Ley de Defensa de la Competencia y TR de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007.
- TR de la Ley de Sociedades de Capital de 2010.
- Ley de Navegación Marítima de 2014.
- Leyes de Auditoría de Cuentas, de Patentes, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras y TR de la Ley del Mercado de Valores de 2015.
- Real Decreto Ley 22/2018, de 14 de diciembre, por el que se establecen herramientas macroprudenciales destinadas a hacer frente a posibles vulnerabilidades para el sistema financiero.

## **b) Disposiciones de rango reglamentario**

Destacan las relativas a materias contenidas en el CCom y que desarrollan y completan la normativa codificada, como el Reglamento del Registro Mercantil, y otras sobre materias reguladas en leyes mercantiles especiales, de imposible cuantificación. Han de destacarse, no obstante, los RD 1784/1996 del reglamento del registro mercantil y 1066/2007 sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

### c) Disposiciones legales no estatales

Son las promulgadas en el interior del Estado por las Comunidades Autónomas o bien las de ámbito internacional dictadas por organismos y conferencias internacionales aplicables en España y que forman parte de su ordenamiento jurídico una vez ratificadas y publicadas íntegramente en el BOE.

## V. OTRAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

Ha de comenzarse, en este apartado, con una alusión a los principios generales del derecho para posteriormente detallar los usos de comercio o mercantiles y las condiciones generales de contratación.

Los *principios generales del Derecho en el Derecho mercantil* pueden ser definidos, siguiendo a Uría, como “*aquellos postulados informadores del ordenamiento mercantil que se inducen de las normas positivas integrantes del mismo*”, y son fuente subsidiaria del Derecho, en defecto de ley o costumbre (art. 1.4 CC).

### 1. Los usos mercantiles

#### 1.1. Concepto

Son “*las normas jurídicas creadas por la observancia uniforme, repetida, constante y duradera de los comerciantes en sus negocios*” (Uría).

En relación con ellos, el art. 1.3 CC dispone que “*la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre*”.

#### 1.2. Clases de usos mercantiles

Distinguimos usos interpretativos y normativos.

a) *Usos interpretativos* son aquellos que permiten completar la voluntad de las partes de acuerdo con el contenido típico de los contratos.

En relación con ellos, el art. 1287 del CC dispone que “*el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de*

*los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que, de ordinario, suelen establecerse”.*

b) *Usos normativos* son los que se imponen como normas jurídicas a las partes en un negocio.

El art. 1258 del CC establece que “*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.*

### **1.3. Prueba de los usos mercantiles**

La jurisprudencia ha declarado que estos deberán ser probados por la parte que pretenda beneficiarse de ellos a menos que sean notorios. Por su parte, el Juez podrá aplicarlos de oficio siempre que los conozca y tenga certeza de su carácter normativo.

### **1.4. Decadencia del uso mercantil y las condiciones generales de la contratación**

La doctrina estima que el uso en el ámbito del Derecho mercantil viene decayendo en comparación con la relevancia que tuvo en un pasado, aunque en el ámbito de la contratación internacional sigue teniendo importancia. No obstante, sigue siendo relevancia como fuente formal y efectuando una función de seguridad de las transacciones comerciales.

La creciente utilización de condiciones generales en la contratación ha debilitado de forma acentuada la función de los usos, impidiendo su génesis o suprimiendo su utilización. Las cláusulas contractuales adquieren la calificación de condición general cuando están predisuestas e incorporadas a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes –art. 1 de la Ley 7/1998–, sobre condiciones generales de la contratación.

Los usos de comercio normativos forman parte del Derecho objetivo y son de aplicación supletoria en defecto de Ley mercantil pero su aplicación puede ser excluida por la voluntad de las partes (art. 1255 del CC).

El principio de jerarquía normativa impide la aplicación de los usos *contra legem* reconociendo solo eficacia general a los *praeter legem*.

Sin embargo, es posible que los usos de comercio prevalezcan sobre las normas legales de carácter dispositivo cuando la aplicación del uso sea querida por las partes. No se trata de derogar la norma legal por el uso pero sí excluir la aplicación de aquella por manifestación de la voluntad de los interesados.

La aplicación de los usos de comercio se encuentra sujeta a la exigencia general de la prueba de su existencia por parte del que los alega, art. 1.3 del CC. Esa prueba se puede llevar a cabo a través de cualquier medio admitido en derecho. Tratándose de usos notorios, los Tribunales vienen considerando que pueden darse por probados en razón de su amplia difusión.

## 2. Las condiciones generales de la contratación

El desarrollo alcanzado por el tráfico mercantil moderno ha dado lugar a la aparición de los contratos en masa impuestos por las grandes compañías. En este sentido la materia se encuentra regulada en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998 que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva de la Unión Europea de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores.

Las condiciones generales de contratación no pueden ser consideradas fuentes del derecho, ni en el ámbito civil ni en el mercantil por la propia literalidad del art. 1 del CC y los arts. 2 y 50 del CCom que no lo incluyen entre las fuentes del derecho, y de otra parte teniendo en cuenta su naturaleza contractual, destinada a disciplinar relaciones jurídicas susceptibles de repetición, de forma que necesitan su aceptación por el adherente para aquel contrato en el que se interceptan puedan producir sus efectos<sup>7</sup>. No obstante, la afirmación anterior ha de matizarse cuando la condición general de contratación sea impuesta por la administración pública y carezca por tanto de naturaleza contractual.

De lo anterior deriva una naturaleza jurídica en inicio también discutida, pero que conforme a la doctrina mayoritaria y jurisprudencia del Tribunal Supremo debe afirmarse como de cláusulas contractuales al tratarse de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente situaciones contractuales susceptibles de repetición<sup>8</sup>.

### 2.1. *Concepto*

El art. 1 dispone que “*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circuns-*

---

<sup>7</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y DÍAZ MORENO, Alberto. *Lecciones de Derecho mercantil*, p. 71.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho mercantil*, p. 37.

*tancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.*

Por su parte, el art. 2 establece que esta normativa se aplicará a aquellos contratos que contengan condiciones generales y que sean celebrados entre un profesional llamado predisponente y cualquier persona física o jurídica llamada adherente, entendiéndose por profesional a cualquier persona física o jurídica que actúa en el marco de una actividad profesional o empresarial pública o privada.

## **2.2. Clases**

La clasificación más relevante es la que distingue entre condiciones generales establecidas por un solo empresario y las condiciones generales impuestas por un grupo asociación de empresarios. Algunos autores hablan así de condiciones generales de los contratos en particular y condiciones generales de la contratación en general, lo que es relevante porque las primeras afectan únicamente al círculo de clientes que comprende su actividad y las segundas se tiende a la dominación de todo un sector empresarial<sup>9</sup>.

## **2.3. Requisitos de incorporación**

El art. 5 fija las siguientes reglas:

- Las condiciones deben estar *redactadas con claridad*, transparencia, concreción y sencillez.
- Será necesario que el adherente haya manifestado su aceptación para la incorporación de las condiciones generales al contrato.
- Se entenderá que no existe dicha aceptación cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas, salvo que el contrato no deba formalizarse por escrito, en cuyo caso bastará que las condiciones sean expuestas en lugar visible en el sitio se celebre el negocio o de cualquier otro modo que permita al adherente conocer su existencia.

---

<sup>9</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho mercantil*, p. 34.

## 2.4. *Clausulas excluidas*

El art. 8 declara nulas las condiciones que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la misma ley u otra norma imperativa o prohibitiva.

Por su parte, el art. 7 establece que “*no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:*

*a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5.*

*b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.*

## 2.5. *Acciones protectoras*

El art. 9 dispone que el adherente a un contrato que contenga condiciones generales podrá solicitar a los Tribunales civiles que declaren la nulidad, o la no incorporación al contrato, de toda o algunas de dichas condiciones. La sentencia estimatoria declarará la ineficacia total del contrato cuando tales pronunciamientos afectaren a elementos esenciales del mismo.

Por su parte, los arts. 12 y siguientes contemplan también acciones colectivas, concretamente las de cesación (que se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz), retractación (que tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro) y declarativa (dirigida a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del art. 11 de la presente ley).

## VI. RELEVANCIA DE LAS NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Antes de abordar la relevancia de las normas del Derecho de la Unión Europea en el Derecho mercantil debemos recordar el concepto mismo de Derecho de la Unión Europea, definiéndolo como el conjunto de normas jurídicas destinadas a la creación y funcionamiento de la Unión Europea y a la progresiva realización de sus objetivos de integración económica, social y política de los Estados miembros.

El *Derecho mercantil es, cada vez más, Derecho comunitario europeo*, lo que revela la transcendencia que la adhesión de España a la Comunidad Europea –actualmente Unión Europea– en 1986, ha llegado a alcanzar no solo en los órdenes político y económico, sino la consecuente transformación de nuestro propio ordenamiento jurídico y del mismo Derecho mercantil.

La adhesión de España supuso la incorporación a nuestro ordenamiento del Derecho de la Unión Europea cuyas relaciones con el Derecho interno se rigen por los principios de eficacia directa y primacía.

La incidencia del Derecho comunitario en el Derecho mercantil es significativa ya que uno de los principios fundamentales de la Comunidad Económica Europea fue la implantación de un mercado interior común basado en la libre circulación de mercancías, de personas –derecho de establecimiento– y de capitales, la protección de la libertad de competencia y el establecimiento de una unión aduanera basada en la supresión de los aranceles interiores y la fijación de un arancel exterior común.

El sistema de normas de la Unión Europea se apoya en una distinción esencial entre normas originarias y derivadas, a la que cabría añadir un heterogéneo grupo conocido como Derecho complementario:

- a) En el *Derecho originario*, cuya dimensión es constitucional, encontramos:
- En primer lugar, los Tratados constitutivos, esto es, el TUE –que es el Tratado en cuya virtud los Estados miembros constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada Unión, a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes– y el TFUE, que sustituye al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias –art. 1.1 TFUE–.
  - En segundo lugar, los Tratados o actos institucionales que modifican o complementan a los anteriores.

- En tercer lugar, los Tratados de Adhesión de cada uno de los Estados miembros.
- b) En el *Derecho derivado* encontramos un conjunto de modos de instrumentación jurídica con fundamento en el Derecho originario. Dichos instrumentos pueden ser:
- En primer lugar, **actos vinculantes**, donde se encuadran:
    - Los Reglamentos, que tienen un alcance general y son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 288 TFUE).
    - Las Directivas, que obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 288 TCE). Las Directivas comunitarias en estas materias han dado lugar a múltiples leyes de transposición como la Ley de Patentes de 1986, la Ley de Marcas de 2001 o la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998.
    - Y finalmente las Decisiones, que son obligatorias en todos sus elementos para todos sus destinatarios” (art. 288 TFUE). Por tanto, la identificación concreta del destinatario o destinatarios es la que le otorga ese carácter de acto jurídico individual.
  - En segundo lugar, los **actos no vinculantes**, donde se encuadran Recomendaciones y Dictámenes. El Dictamen es la expresión de una opinión del Consejo o de la Comisión sobre una determinada cuestión, mientras que la Recomendación es un instrumento de acción indirecta para armonizar las legislaciones de los Estados y que difiere de las Directivas únicamente por la ausencia del carácter de obligatoriedad, esto es, por contener solo una invitación a actuar.
- c) El tercer **conjunto normativo del Derecho de la Unión Europea** –Derecho complementario– viene integrado por un grupo de fuentes tan absolutamente dispar que solo les prestaría unidad el elemento negativo de no pertenecer ni al Derecho Originario ni al Derivado. Puede, no obstante, distinguirse entre:
- En primer lugar, fuentes de Derecho Internacional, en virtud del poder de concluir Tratados que las normas constitutivas atribuyen a las Instituciones en un amplio ámbito competencial. El art. 216.2 TFUE señala que los acuerdos celebrados en las condiciones men-

cionadas en el presente artículo serán vinculantes para las instituciones de la Unión, así como para los Estados miembros.

- Y en segundo lugar, fuentes no escritas del Derecho comunitario, donde encontramos los principios generales del Derecho, las costumbres o normas consuetudinarias, y la jurisprudencia del TJUE, que garantiza la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario en todos los Estados miembros corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## VII. DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Hemos de concluir la exposición del tema poniendo de manifiesto que, intensificado el comercio internacional, se han creado por los protagonistas del tráfico, un conjunto de reglas o prácticas que vienen a configurar una moderna *lex mercatoria*, conjunto de normas o reglas establecidas en convenios o tratados internacionales, pudiendo citarse a título de ejemplo la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional o el Instituto internacional para la unificación del Derecho privado.