

TEMA 1. CONCEPTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

1. Los negocios jurídicos.

Negocio jurídico es todo acto jurídico lícito integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada que el derecho reconoce como base para la producción de efectos jurídicos, buscados y queridos por las partes, siempre que concurren determinados requisitos o elementos (*Vid.*, a este respecto, la fundamental obra de D. FEDERICO DE CASTRO, *El negocio jurídico*). En su naturaleza, el negocio jurídico es manifestación de la autonomía privada de voluntad.

Clases de negocios jurídicos:

- a) Según que sea necesaria la declaración de voluntad de una parte, de dos o más, los negocios pueden ser unilaterales (testamento) o bilaterales (contrato).
- b) Según que la causa forme parte integrante del negocio o que no esté incorporada al mismo, causales o abstractos.
- c) Según que la manifestación de voluntad deba reunir o no ciertas formalidades, solemnes (matrimonio) o no solemnes (compraventa de bienes muebles).
- d) Por su fin, familiares (adopción) o patrimoniales (arrendamiento).

2. Los contratos.

Son los negocios jurídicos por los que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial. No se concibe únicamente como expresión de unos intereses particulares; es un instrumento para satisfacer unos intereses, pero también con un fin social superior. Es un instrumento creador de relaciones entre personas. Concebido como instrumento de realización social de intereses particulares de índole patrimonial, el tema que centra la importancia del contrato es el de su fuerza vinculante.

La contratación, actualmente, se mueve conforme a los siguientes principios:

- a) Libertad de conclusión: cada persona puede o no celebrar un contrato. Esto está limitado por los imperativos que la vida misma a veces impone o las situaciones de monopolio en la oferta de medios para satisfacer necesidades. Pero, en principio, quien contrata lo hace porque así lo estima conveniente.
- b) Libertad en determinación del contenido contractual: las partes pueden estipular lo que crean conveniente.
- c) Libertad formal: las partes determinan qué forma ha de tener el contrato, si simplemente oral, escrita, en documento privado, en documento público, etc.

3. El principio de autonomía de la voluntad.

Se entiende como tal el poder de autodeterminación de la persona; es aquel poder reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.

4. Las obligaciones y contratos mercantiles.

Obligaciones mercantiles son todas aquéllas que surgen de actos de comercio, en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. Y como los actos de comercio en su inmensa mayoría se corresponden con los contratos mercantiles, las obligaciones mercantiles son en esencia aquéllas que surgen de este tipo de contratos. La participación de un empresario y la vinculación del contrato a su actividad profesional son, por regla general, los datos que determinan si un contrato es mercantil.

Aunque están reguladas básicamente, como todas las obligaciones, por el C. c. –en el Título II del Libro IV, “De los contratos”, arts. 1254 a 1314-, el C. Com. –en el Título IV del Libro I, “Disposiciones generales sobre los contratos de comercio”- establece ciertas peculiaridades, cuya razón histórica radicaba en una pretendida necesidad de adaptar la teoría general de las obligaciones civiles al tráfico mercantil. Hoy en día la distinción carece de fundamento, es un puro anacronismo y su relevancia práctica es mínima. Sí es importante destacar la influencia que la Ley del consumidor ha de tener en la interpretación de los contratos realizados entre empresarios y consumidores o usuarios.

Así mismo, y como iremos viendo a lo largo de prácticamente todos los temas del programa, la propuesta de Código Mercantil presentada por el Ministerio de Justicia en junio de 2013 plantea una exhaustiva y profunda reforma en esta materia, al regular contratos que antes no estaban tipificados, o cambiar las previsiones legales ya existentes. Lo hace en el Libro IV (“De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”) y el Libro V (“De los contratos mercantiles en particular”).

En tanto en cuanto no sea –todavía- derecho positivo, no se entrará a conocer en profundidad de las previsiones del nuevo Código Mercantil, pero sí es importante saber que existen, y conocerlas. Por otro lado, es previsible que precisamente esta materia, la regulación de los contratos, sea una de las que más polémica genere en la discusión que va a producirse estos próximos años, por la supuesta “injerencia” del legislador mercantil en el ámbito del Derecho civil, además de que se superpone a algunos derechos autonómicos y forales que están también regulando esta materia contractual.

A) Régimen especial de las obligaciones mercantiles.

1) Los términos de gracia o cortesía

Como regla general de derecho civil, el art. 1124.III C. c. faculta a los Tribunales, siempre que exista causa justificada, para no decretar la resolución de un contrato pedida por la parte cumplidora y señalar a la parte incumplidora plazo para cumplir. Por el contrario, el art. 61 C. Com. prohíbe que los tribunales concedan plazos que no fueran pactados por las partes o que no se apoyen en la ley. La razón de la restricción del art. 61 C. Com. se debe a que en el tráfico mercantil la rapidez y la seguridad de las transacciones tiene mayor importancia.

2) Obligación a plazo o al contado

Las obligaciones mercantiles, siempre que no deban de ser cumplidas en un plazo pactado por las partes o establecido por la ley, serán exigibles a los diez días después de

contraídas (si produjeran acción ordinaria), y el día inmediato (si llevarán aparejada ejecución, es decir, si se pueden exigir a través de los trámites del juicio ejecutivo) [art. 62 C.Com.]. Este principio deroga dos reglas de Derecho común, los cuales son:

- la exigibilidad inmediata de las obligaciones puras [art. 1113 C.c.];
- la posibilidad de que los Tribunales fijen el plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando éstas no señalan plazo para su cumplimiento y de su naturaleza y circunstancias se dedujera que habría querido concederse al deudor.

La razón de excepcionar el principio de exigibilidad inmediata trae causa en la presunción de que en el comercio se opera a crédito, la razón para la segunda excepción es una vez más la seguridad y rapidez del tráfico.

3) La mora en el régimen civil presupone:

- que exista incumplimiento de una obligación vencida;
- que su cumplimiento sea posible y útil al acreedor;
- que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación.

En cambio en el Derecho mercantil el deudor incurre automáticamente en mora desde que incumple la obligación si ésta tiene día fijado (por pacto o por ley) para su cumplimiento, sin que sea necesario que el acreedor exija el cumplimiento [art. 63 C.Com.].

La razón de esta especialidad es la necesidad de seguridad en el tráfico mercantil. El acreedor puede tener a su vez que cumplir con otro sujeto otra obligación, y para el cumplimiento de ésta puede ser esencial que se cumpla la primera en el plazo estipulado.

4) La causa en las obligaciones mercantiles

El C. Com. carece de normas específicas en relación con el concepto de causa, por lo que rige el artículo 1274 C. c.

En consecuencia, para que pueda existir válidamente una obligación mercantil, es imprescindible que tenga una causa y que tal causa sea lícita (art. 1277 C. c.).

5) La abstracción de las obligaciones mercantiles

Un concepto íntimamente ligado al de causa es el de abstracción. Se trata de un concepto extraordinariamente equívoco, que puede ser utilizado en tres acepciones diferentes:

(i) Abstracción procesal: aquella obligación en la cual no se expresa su causa; el 1277 C.c. proclama la validez y eficacia de los contratos que no expresen causa, y establece un presunción de su existencia y licitud;

(ii) Abstracción material: una obligación es materialmente abstracta cuando es válida y funciona independientemente -abstracción hecha- de su causa; sus efectos se producen a pesar de las irregularidades, anomalías o vicisitudes de la causa;

(iii) Abstracción funcional: este concepto sólo tiene aplicación en las obligaciones que surgen en contratos accesorios de otros (el ejemplo más característico es el pagaré, en virtud del cual se están reforzando obligaciones que han surgido de un contrato principal). En un plano estrictamente económico no puede haber duda de que todo negocio accesorio se halla vinculado a su negocio principal. Sin embargo, con frecuencia se plantea la conveniencia de independizar jurídicamente negocio principal y accesorio, para lograr que las excepciones dimanantes del negocio principal no puedan esgrimirse en el marco del negocio accesorio. La finalidad de la abstracción funcional es:

- facilitar la cesión a terceros del crédito incorporado al negocio accesorio;
- aumentar la seguridad que el negocio proporciona.

Cuando se produce esta independencia entre negocio accesorio y negocio subyacente, es frecuente hablar del carácter abstracto del negocio accesorio, o con más precisión, de su carácter funcionalmente abstracto. La abstracción funcional implica que se levanta un muro jurídico entre negocio principal y negocio accesorio, de tal forma que en el seno del negocio accesorio al deudor no puede negarse a cumplir aduciendo cualquier excepción que provenga del contrato principal, ni incluso la nulidad de este último (Ej.: en un pagaré firmado por el comprador de un coche, y endosado por el vendedor a un banco, el comprador /firmante no se puede negar a pagar el pagaré al banco alegando que el vendedor había trucado el cuentakilómetros).

Este concepto es -al menos prima facie- independiente de la causa. Sin embargo esto no es cierto si se afirma que la causa del negocio accesorio es el negocio principal. Admitida tal afirmación, abstracción funcional y abstracción material se convierten en sinónimos.

Posiciones doctrinales y jurisprudenciales: Mientras la abstracción procesal está claramente admitida, sobre la abstracción material existe una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial.

Así, la doctrina más tradicional recogiendo el precedente del Derecho alemán, aceptó la existencia de negocios abstractos en derecho español, siempre que las partes así lo hubieran convenido. [Base: arts. 1255 y 1277 C.c. interpretados extensivamente].

Para otros autores en cambio el artículo 1255 C.c. limita la libertad de contratar, ya que prohíbe los pactos contrarios a las leyes, y éstas dicen que no hay contrato si éste no tiene causa [art. 1261 C.c.].

Aunque el TS incidentalmente se ha referido a la existencia de reconocimientos abstractos de deuda, en realidad el TS está pensando en abstracción procesal. La STS 3.2.73 niega expresamente la existencia de negocios abstractos (en el sentido de materialmente abstractos) en Derecho español. En la misma línea se decanta la STS 28.3.83, en la cual se planteó de lleno el problema de la abstracción. Existía un reconocimiento de deuda, pero no se pudo probar la existencia real de la obligación subyacente. El TS casó la Sentencia de la Audiencia, que aceptó el reconocimiento como negocio abstracto, y declaró que en nuestro derecho sólo es posible una abstracción procesal, pero nunca una abstracción material.

El que no quepan obligaciones materialmente abstractas en nuestro ordenamiento, no impide, sin embargo, que se den supuestos en los que se acepta sin discusión la abstracción funcional; así se pueden citar

- el crédito documentario en el que el banco se compromete a pagar un precio;
- las garantías bancarias a primer requerimiento;
- los pagarés y las letras de cambio que han sido endosadas;
- el seguro de responsabilidad civil (el art. 76 Ley Contrato de Seguro, que permite acción directa del perjudicado contra el asegurador, acción que "es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado").

El fundamento de la abstracción funcional es diferente en los dos primeros casos que en los dos últimos. Los dos primeros son contratos atípicos, por lo que el fundamento ha de buscarse en un uso del comercio. En los dos últimos, las disposiciones legales que

los regulan prevén expresamente su abstracción [art. 67 Ley Cambiaria y del Cheque y 76 Ley del Contrato de Seguro -verlos].

¿Dónde está la causa de los contratos funcionalmente abstractos? La causa de los negocios accesorios no puede radicar en el contrato principal (pues si lo fuera, la nulidad del contrato principal conllevaría la nulidad del accesorio, lo que no puede ser si hay abstracción funcional), sino que la causa hay que buscarla en el propio contrato accesorio.

Y en general esta causa es de carácter objetivo: facilitar la circulación de los títulos o incrementar la garantía en el tráfico. Esta causa es suficiente para que tales negocios cumplan el requisito del art. 1261 C. c.

6) El problema de la solidaridad

Frente al principio general de la mancomunidad (art. 1138 C. c., la deuda se entiende dividida en tantas partes como acreedores hayan, siendo deudas distintas) en las obligaciones con pluralidad de deudores que puede apreciarse en el tráfico y en la regulación civil (ex art. 1137 C. c.), en el ámbito mercantil es más frecuente (incluso con reflejo en algún ordenamiento positivo, como el suizo) que los deudores sean solidarios. En nuestro derecho no existe tal norma general.

Parte de la doctrina ha tratado de justificar que ése sea el principio general, por ser el que se establece en normas algunas normas especiales (por ejemplo, en el derecho cambiario). Sin embargo, parece más correcto concluir que, en defecto de una norma mercantil general expresa estableciendo un régimen opuesto al civil, sea éste el que se aplique en defecto de pacto y, por tanto, que las obligaciones mercantiles con pluralidad de deudores se imputen mancomunadamente a éstos.

Cuestión distinta es que, en la práctica, las obligaciones mercantiles con varios deudores suelen concertarse con responsabilidad solidaria por parte de éstos.

7) Prescripción

El C. Com. establece en los artículos 942 a 954 ciertas especialidades para la prescripción de las obligaciones mercantiles. En términos generales las dos más importantes son:

- Plazos: Los plazos del Derecho común regirán para la prescripción de las obligaciones mercantiles siempre que estas no tengan señalado plazo especial para su prescripción en el Código [art. 943].

- Interrupción de la prescripción: Al contrario que el artículo 1973 del C.c., el C.Com. no admite que se pueda interrumpir la prescripción por reclamación extrajudicial (norma de gran trascendencia práctica, pues conlleva la imperiosa necesidad de iniciar el pleito en el plazo de prescripción fijado en el C.Com. -en el ámbito civil, en cambio, una simple reclamación sin acudir a los Tribunales basta para interrumpir los plazos). Además el C.Com. crea otro acto capaz de interrumpir la prescripción no admitido en el Derecho común, cual es la renovación del documento en el que se funde el derecho del acreedor.

B) Normas generales sobre los contratos mercantiles.

1) Formación del contrato

Las especialidades del régimen del Código de Comercio se centran en este punto en el problema de conocer el alcance de la oferta mediante publicidad, el momento de la perfección del contrato entre ausentes y en el caso de que intervenga un agente mediador.

a) Respecto al primer tema, los caracteres de la oferta mediante publicidad, se entiende que los reclamos o publicidad con los que el empresario quiere atraer clientela (fase inicial) no son verdaderas ofertas de contrato, sino simples invitaciones a sus clientes a que hagan sus ofertas, que una vez concretadas (fase concluyente) serán aceptadas o no por el empresario. Eso sí, la normativa sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios ha deseado protegerles con un régimen especial, por el que el empresario sí queda vinculado por las condiciones y garantías ofrecidas en la publicidad de los bienes o servicios que ha dado a conocer al público. Igualmente son de aplicación las previsiones de la Ley General de Publicidad sobre publicidad engañosa (arts. 3 y ss. LGP).

b) Respecto al segundo, la perfección del contrato entre ausentes, el art. 54 C.Com. se aparta del régimen general del C.c. –ex art. 1262 C. c., que retrasaba el momento de la perfección del contrato hasta el instante en que quien hizo la oferta tiene conocimiento de su aceptación-, ya que establece que los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con las que ésta fuere modificada.

La relevancia práctica de la determinación del momento de la perfección radica en que la revocación de la oferta puede realizarse hasta ese instante. En cuanto al lugar, se entiende que los contratos mercantiles se perfeccionan en el lugar donde se emite la aceptación, lo cual es relevante a los efectos de determinar la competencia territorial para el ejercicio de las acciones judiciales.

La difusión creciente de la contratación electrónica afecta a estas cuestiones sensiblemente, pues las declaraciones de voluntad de las partes hechas por vía electrónica suscitan dudas en cuanto a la interpretación de cuándo se perfecciona el contrato. En este sentido, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico¹ viene a zanjar la cuestión, unificando ambos Códigos, con una reforma del art. 54.1 C.Com. prevista en su Disposición adicional cuarta, que queda con la redacción siguiente: “Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe”, siguiendo así la teoría de la “recepción” del C. c.

Se entiende celebrado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta, no obstante, en los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumen celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos concluidos entre empresarios o profesionales, a falta de pacto en

¹ Como es conocido, dicha Ley tenía como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Asimismo, incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, al regular, de conformidad con lo establecido en ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en ella.

contrario, se presumen celebrados en el lugar en que este establecido el llamado “prestador de servicios” (art. 29 LSSICE).

El art. 54.2 C. Com., en su nueva redacción declara que en los contratos celebrados “mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”, y es de aplicación a máquinas expendedoras de títulos de transporte, bebidas, publicaciones, tabacos, etc.

c) Finalmente, en el caso de que intervenga agente o corredor, el art. 55 C.Com. establece que quedarán perfeccionados cuando los contratantes hayan aceptado su propuesta. Cuando los agentes actúan como comisionistas de una de las partes (con poder de representación) entonces el contrato se perfecciona cuando la otra parte acepta su propuesta.

2) Forma del contrato mercantil

La forma del negocio jurídico en general es el medio o modo a través del cual se realiza la declaración de voluntad. Al igual que en los contratos civiles, rige aquí el principio de libertad de forma, que no quiere decir que pueda eludirse la forma en la declaración de voluntad, sino que puede escogerse libremente la que se quiera (verbal o escrita).

El art. 51 C.Com. exceptúa de este principio aquellos casos en los que el propio Código o las leyes especiales exijan una determinada forma. Por otro lado, pone en ciertos supuestos gran énfasis en que la escritura esté suscrita por su propio autor, rechazando aquellas escrituras cuya autenticidad sea dudosa. Sin embargo, la evolución de la tecnología ha ido facilitando distintos modos por medio de los cuales se manifestará la declaración de voluntad de los contratantes. La jurisprudencia ha ido reconociendo así los contratos celebrados por telegrama, telex o fax, así como aquellos concluidos por vía telefónica o electrónica.

La citada Ley 34/02, manteniendo el principio de libertad de forma, declara la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, cuando afirma en el art. 22.3 que “siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”.

3) La prueba de los contratos mercantiles

La prueba ha de realizarse por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos (art. 51 C.C.). Es importante hacer alusión a la ampliación de los medios de prueba contenidos en la nueva L.E.C. por las amplias referencias a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen (entre las que se incluye la llamada “firma electrónica”, siempre que cumpla los requisitos previstos en el R. D. Ley 14/1999, de 17 de diciembre). Por otro lado, es de interés destacar que el consumidor o usuario –en los casos en que sea aplicable el TR LDCU- tiene derecho a pedir a la otra parte un documento que le sirva de prueba del contrato.

En esta cuestión es importante señalar la reciente reforma, operada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre (*B.O.E.* núm. 304, de 20 de diciembre de 2003), que actualiza algunas de las cuestiones recogidas en el R. D. 14/1999.

Finalmente, aunque el Código de Comercio no contiene normas sobre el valor de la “factura”, tal documento ha sido relevante a efectos fiscales y también como documento

probatorio. Por su parte, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (modificada por Ley 55/1999, de 29 de diciembre) ha dictado alguna disposición sobre el alcance de las facturas en el ámbito del comercio.

A este respecto, la Ley 34/02 afirma (art. 23) que “en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”.

4) Interpretación del contrato

En la interpretación de los contratos mercantiles se aplican las reglas de interpretación de los arts. 1281 y 1289 C. c. - así lo ordena el art. 50 C.Com. - complementadas por las establecidas en los arts. 57, 58 y 59 C.Com. que disponen:

(i) Los contratos se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos o redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto y usual de las palabras dichas o escritas (interpretación gramatical y acorde con la interpretación que en el tráfico empresarial tengan), ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratos hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones (interpretación lógica: que tenga presente el desarrollo normal del tráfico empresarial, evitando interpretaciones absurdas contrarias a la realidad del comercio) [art. 57].

(ii) En caso de que la interpretación suscite dudas que no puedan resolverse según las reglas generales anteriores o los usos del comercio, se adoptará la interpretación más favorable al deudor [art. 59]. La solución legal para los contratos civiles onerosos es distinta: se resolverán las dudas a favor de la mayor reciprocidad de intereses [art. 1289 C. c.].

5) Cesión del contrato mercantil

No regulado este fenómeno con carácter general por el Código Civil, tampoco lo está por el de Comercio. Para que sea válida la cesión del contrato es preciso con carácter general que al acuerdo entre el cedente del contrato y el cesionario se una el consentimiento del contratante vinculado con el cedente (el llamado “contratante cedido”), quedando éste liberado de sus obligaciones, que se traspasan al cesionario.

6) Contratos mercantiles con cláusula penal

El art. 56 C.Com. prevé que, en el supuesto del incumplimiento del contrato por una de las partes, se haya fijado una pena a modo de indemnización contra el que no lo cumpliera. En este caso, el contratante perjudicado puede exigir el cumplimiento del contrato utilizando los procedimientos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance, o pedir la pena prescrita, teniendo en cuenta que el uso de una de estas vías implica la extinción de la otra.

5. Clasificación de los contratos mercantiles.

Contratos mercantiles: la actividad de las empresas está orientada por lo general a la mediación en la circulación de valores patrimoniales; esto es, a intermediar en el desplazamiento, de unos titulares a otros, de cosas, derechos o servicios.

Esa circulación de bienes, derechos y servicios puede llevarse a cabo de tres formas:

- transmitiendo definitivamente la titularidad (“cambio”);
- cediendo temporalmente el goce (“crédito”) o
- aportando el bien, derecho o servicio a un patrimonio compartido que se disfruta conjuntamente por varios titulares (“asociación”).

Los instrumentos fundamentales que el Derecho pone al servicio de la circulación de bienes, derechos y servicios son los contratos y los valores. Aquellos contratos que pertenezcan a la actividad típica y habitual a la empresa - esto es, a la actividad para la que ésta se ha constituido - constituyen “contratos mercantiles” - pues tendrán una “naturaleza análoga” a los contemplados en el C.Com. (art. 2 II C.Com.).

Régimen jurídico: el régimen jurídico de los contratos mercantiles es el establecido con carácter general en el C. c. [art. 1254 y ss.], con unas pocas modificaciones y reglas especiales del C.Com.

Así lo prevé el art. 50 C.Com. al establecer que “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 halla expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”.

Lo “expresamente establecido en este Código” está constituido por unas pocas normas sobre perfección del contrato, forma, prueba, interpretación y cláusula penal, que en unos casos sustituyen y en otros simplemente complementan las normas del Derecho común [arts. 50 al 63 C.Com.].

Fisonomía del contrato mercantil moderno: a fines del s. XIX los contratos propios de la actividad de los comerciantes exigían que para mitigar el rigor y formalismo tradicional del Derecho civil, el régimen general del C. c. se modificara en algún extremo y se desarrollara en otros. La contratación actual plantea unos problemas de un calado y de una naturaleza totalmente diferentes a los abordados y (mal que bien) resueltos en el C.Com. Todos estos problemas han cercenado la normativa tradicional de los contratos mercantiles, contenida en el C.Com. y subsidiariamente en el C. c., que cada vez más carece de verdadera trascendencia social y empresarial. La legislación actual busca unas finalidades diferentes:

a) establecer un marco general de protección de los consumidores y usuarios en su relación con las empresas [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que aprueba el TR LDCU] y de regulación de las condiciones generales de la contratación [Ley 7/1998 de 13 de abril], e incluso de protección del comerciante minorista [Ley 7/1996 de 15 de enero de ordenación del comercio minorista “LOCM”];

b) definir, con carácter imperativo, el contenido de ciertos tipos de contratos mercantiles [ej. Ley 50/1980 del 8 de octubre, del Contrato de Seguro o Ley 12/1992 de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia];

c) regular la irrupción de las nuevas tecnologías en la contratación mercantil [Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico “LPI”];

d) posibilitar una intervención administrativa continuada, incluso con facultades sancionadoras, para velar por la transparencia, equidad y corrección de la contratación empresarial en ciertos sectores de gran trascendencia social (así está previsto, con carácter general, en el TR de la LDCU y LOCM, y para el ámbito bancario a través de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en el mercado de valores a través de la Ley del Mercado de Valores y en el de seguros a través de la Ley de Ordenación del Seguro Privado);

e) promover finalmente una intervención administrativa - a través del Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia - y judicial para garantizar que la contratación mercantil no degenera en pactos colusorios que cercenen la libre competencia en el mercado (así, el pacto de exclusividad en un contrato de distribución está sujeto a una serie de restricciones y exigencias, para evitar que permita al fabricante “compartimentar” el mercado y con ello limitar la libre competencia entre diferentes distribuidores; cfr. Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia).

La propuesta, en este aspecto, del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014, es clara, según señala la propia Exposición de Motivos (párrafos I-31 y I-32), ya que gracias a la regulación sintetizada de las normas y obligaciones en general se asegura la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando que puedan plantearse regulaciones distintas en estas materias por razones de la normativa que rige subsidiariamente a las normas mercantiles. Esas normas básicas que se incluyen para las obligaciones y contratos mercantiles en general son fundamentales por cuanto constituyen los criterios básicos que son aplicables a los contratos mercantiles en particular. Ello hace que aún cuando esas normas coincidan con las establecidas en la legislación civil, ello no es obstáculo para que esas normas al incorporarse al Código mercantil formen parte de la legislación mercantil aplicable a todos los contratos en particular que luego son regulados.

En cualquier caso –continúa señalando- es importante considerar que la regulación contenida en materia contractual en el Código tiene como regla general una eficacia dispositiva, de manera que son normas imperativas solamente aquellas en que expresamente se imponga la imperatividad.

Esta cuestión ha sido una de las que más polémica ha suscitado del Código Mercantil, a lo largo de estos temas iremos haciendo referencia a los diversos contratos cuya regulación se modifica, o –en un alarde de intervencionismo- se introduce, cuando no parece que hiciera mucha falta, llegando a inmiscuirse nuestro legislador en la esfera de la autonomía privada de voluntad de las partes.