

## TEMA 2. FUENTES Y APLICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

### I. INTRODUCCIÓN.

La prelación de fuentes en el Derecho Mercantil es la misma prevista con carácter general en el C.c.: ley, costumbre y principios generales del derecho [art. 1.1. C.c.]. Únicamente si nos encontramos ante un acto de comercio, no rige la regla del Código Civil, sino el art. 2 C.Com (¡verlo!): los actos de comercio tanto los que están regulados en el Código, como cualesquiera otros “de naturaleza análoga”, se rigen en primer lugar por el propio Código, en su defecto, por los usos del comercio, y únicamente a falta de ambas reglas, por el Derecho común (es decir las leyes civiles). Pero la declaración programática del art. 2 C.Com se ve traicionada para los actos de comercio contractuales (que son la inmensa mayoría) por el art. 50 C.Com, que es el primero de los artículos del C.Com, que regulan los contratos mercantiles. El art. 50 C.Com vuelve a instaurar en todo lo concerniente al nacimiento, cumplimiento y extinción de los contratos mercantiles un régimen análogo al del art. 1 C.c.: en primer lugar se aplica la ley mercantil y otras leyes especiales, y subsidiariamente las “reglas generales del Derecho común”, es decir, ley civil, costumbre, principios generales del Derecho.

En resumidas cuentas, en el ámbito mercantil, la regla general es que se aplique primero la ley especial, después la general, subsidiariamente los usos del comercio - que cada vez tienen menos trascendencia práctica - y finalmente los principios generales del Derecho.

Hasta aquí la prelación tradicional de fuentes, tal como está diseñada en el C.c. y en el C.Com El sistema tradicional asumía que existía un único poder del que podían emanar leyes: el Estado nación. En realidad, el sistema ha devenido muchísimo más complejo, puesto que hoy existe potestad legislativa a tres niveles:

- a nivel europeo, la Comisión, el Consejo y el Parlamento europeo pueden promulgar Reglamentos, disposiciones de alcance general, obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro de la UE; existen Reglamentos en diversas áreas del Derecho mercantil (p.e. contabilidad, concurso...), que prevalecen sobre la legislación nacional;

- además, a nivel europeo también existen Directivas, que también tienen carácter de normas, pero dirigidas a los Estados miembros y no a todos los ciudadanos; por eso se dice que las Directivas carecen de efecto directo; su importancia radica en que obligan a los Estados miembros a promulgar legislación interna (en general con rango de ley), que recepcione los preceptos comunitarios;

- finalmente, a nivel interno español, la legislación puede promulgarse a nivel del Estado, o a nivel de una de las Comunidades Autónomas (“CCAA”); de acuerdo con la CE y sus Estatutos, las CCAA tienen potestades legislativas (es decir, pueden emitir Leyes, de igual rango dentro de su territorio que las estatales) y reglamentarias (es decir, pueden emitir normas de rango inferior, que desarrollen o complementen leyes estatales o autonómicas); en uso de sus facultades, las CCAA han promulgado leyes en una serie de áreas que forman parte del Derecho mercantil (Cajas de Ahorros, cooperativas, comercio interior...).

## II. LA LEY MERCANTIL ESTATAL.

La Constitución de Cádiz ya había previsto que debería promulgarse un Código de Comercio para todo el Reino que viniera a sustituir a las Ordenanzas de Bilbao, de rancio sabor arcaico. La idea (sorprendentemente) permaneció viva, a pesar de la Restauración absolutista, y en 1828 Fernando VII nombró una Comisión redactora, de la que D. Pedro Sainz de Andino era secretario. La Comisión redactó un proyecto, pero D. Pedro, disconforme, preparó otro, y el Rey se decidió por el de Sainz de Andino, que fue promulgado el 30 de mayo de 1829.

El C.Com 1829 constaba de cinco libros (Comerciantes y Agentes de Comercio, Contratos Mercantiles, Comercio Marítimo, Quiebras, Jurisdicción Mercantil). Las fuentes que lo inspiraron fueron el Derecho tradicional (sobre todo las Ordenanzas de Bilbao, en materias como la letra de cambio y en el Derecho marítimo), y el C.Com francés (al que seguía casi literalmente en grandes partes).

La orientación del C.Com de 1829 es objetiva según un sector de la doctrina y subjetiva para otro, es decir, no queda claro si para que un acto pueda ser calificado como acto de comercio, es necesario que participe en él un comerciante (concepción subjetivista) o si basta con que forme parte del elenco de actos definidos como mercantiles en el propio Código (concepción objetivista). Las dudas surgen porque el C.Com 1829 se limitaba a decir que "los que hagan accidentalmente alguna operación de comercio, quedan sujetos en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones a las leyes y jurisdicción del comercio". Lo que no tenía es un artículo tan claro como el 2 del actual C.Com, que claramente se decanta por una solución objetiva.

La valoración histórica del C.Com de 1829 es muy positiva, tanto por ser el primer Código promulgado en España durante el proceso de codificación, como por su aceptable calidad técnico-jurídica para la época en la que se promulgó. El Código de Comercio de 1885: al ir surgiendo una serie de instituciones no previstas en el C.Com de 1829 (bolsa, banca, sociedades por acciones, títulos al portador...) se hizo necesario promulgar a lo largo del siglo XIX sucesivas leyes especiales. La incorporación de estas leyes, y un "*aggiornamento*" del C.Com, lleva a sucesivos intentos de reforma, que culminan en 1885 con el C.Com

El C.Com consta de cuatro libros: (a) Comerciantes, (b) Contratos Mercantiles, (c) Comercio Marítimo y (d) Quiebras, Suspensión de Pagos y Prescripción. Desaparece el libro sobre la jurisdicción mercantil, al haberse producido la unificación de fueros. Las fuentes que inspiraron el C.Com de 1885 fueron el propio C.Com de 1829, cuyo texto se simplifica, y las leyes especiales promulgadas a lo largo de la primera mitad del XIX, siendo muy poca - casi nada - la influencia del derecho comparado de la época.

Teniendo en cuenta el momento en que se promulga, el C.Com de 1885 es de inferior calidad que su predecesor. Es también muy inferior al C.c. de 1889. Ideológicamente se puede clasificar como liberal, incluso en la concepción más radical del término.

Su orientación es objetiva, según se desprende del art. 2 C.Com, es decir, los actos y contratos son mercantiles, con tal que estén comprendidos en el C.Com o sean de naturaleza análoga a los regulados en él, sin que sea necesario que en ellos participen comerciantes. Pero el Código traiciona este aparente objetivismo al exigir la participación de comerciantes en casi todos los contratos, como requisito para que constituyan actos de comercio: comisión [ver art. 244 C.Com], depósito [art. 303 C.Com], préstamo [art. 311 C.Com], transporte [art. 349 C.Com]. ¿Por qué? Porque para diferenciar estos contratos mercantiles de sus homónimos civiles, el C.Com no encuentra un criterio objetivo diferenciador, y tiene que reintroducir la exigencia de que participe un comerciante.

Vigencia y futuro de la codificación mercantil: la valoración negativa del C.Com también se ve influida por el hecho de que no se ha beneficiado de reforma alguna en profundidad desde su promulgación y que grandes áreas de regulación (parte general, navegación, compraventa, préstamo) presentan hoy una normativa totalmente desfasada [en este sentido ver el art. 623 C.Com que habla del “ataque del buque por corsarios”].

Consecuencia de la inadecuación del C.Com es que progresivamente se han ido dictando leyes mercantiles especiales, que cubren sus lagunas (así por ejemplo Ley de Sociedades de Capital, de 2010; Ley de Defensa de la Competencia, Ley del Mercado de Valores) o que sustituyen la regulación del C.Com (por ejemplo Ley Concursal, Ley General Cooperativa, Ley del Contrato de Seguro, Ley Cambiaria y del Cheque).

Como ha quedado dicho en la introducción, el Ministerio de Justicia, en junio de 2013 presentó una propuesta de Código Mercantil, que unificaría toda la normativa vigente, y el Consejo de Ministros ha aprobado el texto del Anteproyecto en Mayo de 2014. Sin embargo, subsisten todavía demasiadas leyes especiales; así, la Ley Concursal, que ha derogado la regulación de la quiebra y suspensión de pagos contenida en el C.Com, es un paso más en esta dirección. En mi opinión, esta descodificación no es positiva, pues introduce una dispersión legislativa inaceptable (incluso los especialistas con frecuencia tienen dudas sobre la existencia o vigencia de normas).

Sin embargo, esta tendencia ha quebrado con la Ley 19/1989 de Adaptación de las Directivas CEE, en materia de Derecho de Sociedades, que ha modificado el Título II del C.Com (“Del Registro Mercantil”) y el título III (“De la contabilidad de los empresarios”), introduciendo en el vetusto cuerpo legislativo la complejísima normativa comunitaria en materia de consolidación de balances. Estos dos títulos del C.Com están pues totalmente puestos al día, presentando una técnica legislativa totalmente opuesta a los principios tradicionales del C.Com (véase p.e. el nuevo art. 43 C.Com y compárese el estilo y la técnica con artículos tradicionales como el art. 15).

### III. LEGISLACION DE LAS CC.AA.

El art. 2 CE configura lo que se ha dado en llamar Estado autonómico, basado en el autogobierno de las Comunidades Autónomas [cfr. art. 143 CE]. Las Comunidades Autónomas no sólo tienen facultades ejecutivas (es decir, para actuar en las áreas de su competencia), sino que sus Gobiernos tienen facultades reglamentarias (es decir pueden promulgar mediante Decreto normas que desarrollan leyes estatales o autonómicas), y además los Parlamentos de todas las Comunidades Autónomas tienen potestad legislativa, es decir, la facultad de promulgar normas jurídicas de validez general. La existencia de 18 parlamentos con potestad legislativa implica una profunda modificación de nuestro sistema tradicional de fuentes.

Al coexistir normas - tanto con rango de ley como con rango de reglamentos – de las Comunidades y del Estado, se hace imprescindible determinar las competencias de cada uno. Esta materia está regulada, de forma muy confusa, en los arts. 148 y 149 CE.

Principio general [art. 149.1 CE]: al Estado corresponde la competencia exclusiva para dictar la “legislación mercantil”. Esta atribución no tiene, como otras muchas, un “sin perjuicio”. Es de las más claras. Lo que no está nada claro es lo que se quiere decir con “legislación mercantil”. Porque el propio artículo 149.1 CE, en otros números, se refiere a temas claramente mercantiles: propiedad industrial (9); crédito, banca y seguros (11); transporte aéreo (20); transporte terrestre (21).

¿Se refiere pues el art. 149.1 CE al Derecho mercantil en sentido tradicional iusprivatista, o más bien en el sentido de derecho mercantil económico, incluyendo toda la regulación de derecho público relativa al mercado? El TC [STC 88/1986 de 1 de julio, STC 62/1991, de 22 de mayo, STC 225/1993, de 8 de julio, y otras varias] ha dado contestación a esta pregunta, resaltando que el concepto de “legislación mercantil” utilizado por el art. 149.1 CE únicamente incluye la normativa de derecho privado que constituye el Derecho mercantil tradicional. De lo que se deduce que sólo el Estado central puede regular [ver FJ 5 STC 88/1986]:

- la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que da lugar la actividad empresarial;
- el contenido necesario de los derechos y obligaciones “inter partes”;
- la regulación de las condiciones generales de la contratación; y
- la regulación de las distintas modalidades contractuales.

Las Comunidades Autónomas no pueden, en definitiva, incidir en las relaciones contractuales privadas entre empresarios ni introducir o modificar derechos y obligaciones en tales relaciones. Así, en materia contractual, corresponde al Estado tanto la definición de la capacidad para ser contratante y obligarse como la determinación del contenido de las relaciones de la modalidad contractual en cuestión.

Y tampoco pueden las Comunidades Autónomas dictar normas que supongan trabas a la libre circulación de bienes, capitales, servicios y trabajadores, o diferencias en las condiciones básicas de ejercicio de actividades económicas, pues si lo hicieran violarían el

principio de unidad de mercado, que aunque no expresamente recogido en la CE, es inducido por el TC de los arts. 2 (unidad de la Nación española) y 139.

El art. 148 CE a su vez relaciona las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía, y entre ellas no se menciona ninguna materia mercantil. Pero al autorizar el art. 149.3 CE que las materias no atribuidas expresamente al Estado puedan corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus Estatutos, el resultado es que las Comunidades Autónomas llegan a ejercer competencias legislativas, si no en el derecho mercantil privado que regula relaciones “inter partes”, sí en áreas cercanas, que forman parte del Derecho mercantil económico en sentido amplio.

Para determinar en cada Comunidad cuáles son las competencias que le corresponden, es imprescindible proceder a un estudio de su Estatuto, ya que todos ellos presentan diferencias entre sí, existiendo dos grupos, uno con un nivel de atribución superior y otro inferior, pero sin que los grupos sean totalmente homogéneos (“Estado asimétrico”). El problema se agudiza, porque los conceptos que cada Estatuto utiliza para atribuir competencias no coinciden con los utilizados en los arts. 148 y 149 CE. Y además existen solapamientos entre los diferentes conceptos (p.ej. legislación mercantil y defensa del consumidor; propiedad industrial y denominación de origen, etc.). Este galimatías ha llevado a continuas discusiones entre las Comunidades Autónomas (en especial Cataluña y el País Vasco) y el Estado, que han dado lugar a un gran número de STC.

La STC 11.11.99, dictada en un recurso por el Gobierno Vasco y la Generalidad de Cataluña llegó a la conclusión que la competencia autonómica exclusiva de “comercio interior” incluye las competencias ejecutivas de la defensa de la competencia, pero (por razones difícilmente explicables) no las legislativas, que corresponden al Estado. La STC obligó a modificar la Ley de Defensa de la Competencia y a dictar la Ley 1/2002 de 21.2., que coordina las competencias del Estado y las CCAA y autoriza a las CCAA a crear sus propios órganos de defensa de la competencia. Tras el entusiasmo inicial, y la creación de órganos de defensa de la competencia en todas las CC.AA. de nuestro país, se ha ido atemperando esta corriente, y la mayoría de ellas han desaparecido ya.

#### **IV. LOS USOS DE COMERCIO**

Los usos del comercio tradicionalmente fueron una fuente importante del Derecho Mercantil, en algunas épocas incluso la más importante. (Recuérdese que el Derecho mercantil nació como un derecho autónomo creado por los comerciantes sin intervención del poder público legislador). El artículo 2 C.Com los considera como la segunda fuente del derecho mercantil después de la ley, aunque según hemos visto los usos sólo tendrán preferencia frente al C. Civil en materia contractual mercantil.

Nótese que el art. 2 C.Com se refiere literalmente solo a los “usos del comercio observados generalmente en cada plaza”, es decir, a los usos locales, no a los generales de todo el país. Esta restricción debe entenderse suprimida, puesto que el C.c. equipara los usos con la costumbre [véase art. 1.3 C.c.] y la costumbre siempre es general y no local.

Aunque históricamente tuvieron trascendencia, hoy la importancia de los usos del comercio está en franca decadencia por las siguientes razones:

- (i) por su carácter incierto, que se intenta paliar con recopilaciones realizadas por las Cámaras de Comercio y Consejo Superior Bancario; la última es de 1964, y además recoge mayoritariamente contratos tipo, y no auténticos usos;
- (ii) porque son siempre dispositivos y pueden ser derogados por pactos;
- (iii) por la generalización de condiciones generales y contratos de adhesión.

En resumen, cada vez se utilizan menos y es más difícil que surjan nuevos usos.

Los requisitos de los usos de comercio para que tengan valor de fuente son los siguientes:

- (i) repetición de actos: es decir que se vengán cumpliendo de forma continua;
- (ii) que no sean contrarios a la moral o al orden público [art. 1.3. C.c.];
- (iii) que se prueben [art. 1.3. C.c.], pudiendo ser medios de prueba las recopilaciones, los certificados expedidos por una Cámara de Comercio, la existencia de jurisprudencia o de doctrina que los describa y finalmente la declaración de testigos.

Se discute si constituye requisito la “*opinio iuris*”, es decir el convencimiento de que se trate de una norma jurídica, y no de un mero uso social. El TS en su Sentencia de 8.4.1994 exige este requisito, reconvirtiéndolo en que exista una “voluntad concorde de las partes” de aplicar el uso (situación que no se dará cuando el pretendido uso favorezca a la posición jurídica de una de ellas).

Los usos interpretativos: del art. 1.3. C.c. se deduce que aparte de los usos normativos, existen usos interpretativos cuya finalidad es interpretar la declaración de voluntad. Es decir: no regulan el contenido del contrato, no son fuentes del Derecho, sino que sirven para aclarar el alcance de las palabras utilizadas por los contratantes.

El art. 57 C.Com hace referencia a estos usos interpretativos, al decir que los contratos se cumplirán sin tergiversar el sentido usual de las palabras dichas o escritas. [Cfr también el art. 1287 C.c.]. Los usos interpretativos tienen mucha mayor importancia en el Derecho mercantil que los usos normativos, ya que en la contratación mercantil es muy frecuente utilizar palabras que resumen un entramado de obligaciones y derechos, cuyo exacto contenido debe ser determinado en base a los usos. Así, por ejemplo, la expresión “a portes debidos” utilizada en un contrato de transporte no sólo implica que el transporte es pagado por el comprador, sino también que el riesgo se transmite al transportista con la entrega de la cosa transportada.

Especial interés tienen en el ámbito del comercio internacional los INCOTERMS, recopilados por la Cámara de Comercio Internacional (la última versión es del año 2010). Los INCOTERMS son una recopilación de usos interpretativos de determinados pactos utilizados en las compraventas internacionales (p.ej. CIF, FOB, franco transportista).

## V. EL DERECHO MERCANTIL EN LA CONSTITUCIÓN.

La CE de 1978 contiene un conjunto de normas constitucionales que consagran los principios y las reglas por las que ha de regirse la actividad económica desarrollada por el Estado y los ciudadanos y que se conoce como Constitución Económica. Desconocida o poco desarrollada en anteriores Constituciones, su introducción es una de las principales innovaciones de la CE, fiel reflejo a su vez de la creciente importancia de la economía y del progreso material en nuestra sociedad.

La existencia de una Constitución Económica es expresión del papel intervencionista del Estado en la economía, que a su vez encuentra fundamento ideológico en el principio del Estado social, que ha reemplazado al principio de pura economía liberal [ver art. 1 CE].

El principio básico de nuestra Constitución económica es el de “libertad de empresa en el marco de una economía de mercado”, si bien con sujeción a “las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación” [arts. 38 y 131 CE]. El sistema económico que define la CE guarda un fino equilibrio entre principios liberales y principios intervencionistas (propios de una economía de planificación centralizada). En función de que el intérprete (o el partido en el poder) resalte uno u otro elemento, se podrá instaurar, sin necesidad de modificar y sin violar la “magna carta”, un orden económico liberal u otro de planificación.

Desde el punto de vista constitucional, tan válido sería un régimen político en el que la banca, la energía y la gran industria estuvieran dominadas por empresas públicas, y la economía se rigiera por “Planes de Desarrollo” quinquenales (estructura que se dio en el “antiguo Régimen”), como otro de privatización de las empresas públicas y de desregulación y liberalización a ultranza (meta hacia la que parece tender la política económica).

Esta relativa ambigüedad se explica por el carácter consensuado de la CE de 1978, que fue pactado por fuerzas políticas (entonces) ideológicamente muy dispares y por la naturaleza propia de una Constitución, que debe ser válida para que diversas opciones políticas puedan ejercer el poder dentro de su marco.

Los cuatro pilares de la Constitución económica son (i) la libertad de empresa, (ii) la economía de mercado, (iii) la planificación y (iv) la coindicativa.

(i) La libertad de empresa: se define como el derecho de cualquier persona (física o jurídica) a fundar una empresa, ser su propietario, fijar sus objetivos, dirigir su política y transmitirla a sus descendientes [cfr. art. 38 CE]. La libertad de empresa constituye un auténtico Derecho subjetivo del ciudadano, no un simple principio programático, que se concreta fundamentalmente en el derecho de toda persona a convertirse en empresario propietario de una empresa; el Estado puede en ocasiones exigir autorización para su ejercicio, pero su concesión no puede obedecer a criterios discrecionales, sino que debe

atender a criterios objetivos: es decir si se reúnen, la Administración está obligada a otorgar la autorización.

(ii) Economía de mercado: mercado y empresa son conceptos complementarios. Empresa es - como ya hemos visto - la organización que produce bienes y servicios para ofrecerlos en un mercado. Y el mercado es un espacio ideal en el que se cruza oferta y demanda, actuando el precio libremente fijado por las partes como criterio de ajuste. Cuando el ajuste entre oferta y demanda se realiza por otros criterios (p.ej. a través de la planificación o a través de una valoración de méritos), no estamos realmente ante un mercado.

(iii) Planificación y exigencias de la economía general: si el art. 38.1 CE contiene el principio liberal, el art. 38.2 CE lo condiciona y limita: “los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio (el del derecho a la libertad de empresa)... de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

(iv) Coiniciativa económica: el art. 128.2 CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, en virtud de la cual el Estado puede competir con la iniciativa privada en cualquier sector.

En general, son coherentes con el Estado social y, por tanto, limitativos del principio de libertad de empresa:

- Art. 33 CE: reconoce el derecho a la propiedad privada, si bien subordinando su contenido a la función social que ha de cumplir. Asimismo se prevé la posibilidad de expropiar los bienes (incluyendo por lo tanto empresas) por causa justificada de utilidad pública o interés social, con sujeción a las leyes y con la compensación de una indemnización.

- Art. 128.2 CE: prevé la intervención de empresas si lo exige el interés general, es decir, la asunción por los poderes públicos del control de una empresa, pero sin pérdida de la propiedad por su legítimo dueño.

- Art. 51.1 CE: impone a los poderes públicos la obligación de defender los intereses de los consumidores y usuarios.

- Art. 40 CE: exige que la política económica esté orientada hacia el pleno empleo y exige que los poderes públicos velen por las condiciones laborales y de seguridad e higiene de los trabajadores.

## **VI. JURISDICCIÓN ORDINARIA Y JUZGADOS DE LO MERCANTIL.**

Uno de los grandes problemas en el funcionamiento de los Tribunales de Justicia es la falta de conocimientos específicos de los jueces que han de resolver pleitos complejos de naturaleza mercantil. Recogiendo reiteradas solicitudes de reforma, el legislador ha reintroducido en el año 2003 los Juzgados de lo Mercantil (a través de la LO 8/2003 de 9 de julio para la Reforma Concursal), abolidos desde que los suprimió el Decreto de Unificación de Fueros del año 1868. Los Juzgados de lo Mercantil son juzgados de primera instancia dentro del orden jurisdiccional civil, existiendo por regla general uno en cada

capital de provincia, con jurisdicción sobre toda ella (art. 86 bis LOPJ). Los recursos contra sus resoluciones se ven en las Audiencias Provinciales correspondientes, que deben especializar una o varias secciones en temas mercantiles (art. 82.4 LOPJ).

Los asuntos encomendados a los Juzgados de lo Mercantil son materias predominantemente mercantiles, pero sin que se produzca una identificación plena con lo que se entiende por Derecho mercantil: no se atribuyen a los Juzgados todas las materias mercantiles (p.e. no se incluyen los contratos bancarios), ni todas las materias sobre las que se extiende su competencia son exclusivamente mercantiles (p.e. arbitrajes sobre temas civiles). En realidad el legislador ha realizado una selección de materias que por su complejidad técnica merecen ser atribuidas a jueces especializados.

Las materias en concreto son las siguientes (art. 86 ter LOPJ):

- todas las cuestiones que se susciten en materia concursal;
- acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial e intelectual, publicidad;
- acciones que surjan de acuerdos anti-competitivos y abusos de posición dominante, prohibidos por los arts. 81 y 82 Tratado de la Unión Europea (pero sorprendentemente, la Ley no incluye los mismos supuestos, cuando la violación es de ámbito nacional y la norma transgredida es la Ley de Defensa de la Competencia española);
- acciones relativas a sociedades mercantiles y cooperativas y recursos contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (recursos que revisan las calificaciones de los Registradores Mercantiles);
- pretensiones que surjan en materia de transporte, incluyendo el Derecho marítimo;
- acciones relativas a las condiciones generales de la contratación, de acuerdo con su normativa específica;
- acciones derivadas de arbitrajes.

El criterio concreto de inclusión utilizado por el legislador parece bastante arbitrario (¿Por qué la póliza de fletamento está incluida, y la póliza de seguro marítimo en cambio excluida?). Tanto es así, que la propia EM de la ley prevé que la lista tendrá que desarrollarse progresivamente de acuerdo con la experiencia que se vaya acumulando. Por de pronto, estas competencias se han visto afectadas por la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ (*B.O.E.* núm. 174, de 22 de julio de 2015).

Como acertadamente señala<sup>1</sup> en su blog el prof. ENRIQUE MORENO, las competencias de los Juzgados de lo mercantil han experimentado una sustancial reforma a partir de la entrada en vigor de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En concreto, dos son los aspectos en los que inciden esos cambios: en primer lugar, en materia concursal; y en segundo lugar, en lo que se refiere a las acciones colectivas en sede de condiciones generales de la contratación y en la protección de consumidores y usuarios.

---

<sup>1</sup> <http://concursoysociedades.blogspot.com.es/2015/07/cambios-en-las-competencias-de-los.html>

Así mismo, un hito relevante en esta materia son los numerosos cambios introducidos en todo tipo de procedimientos y asuntos por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (*B.O.E.* nº 158, de 3 de julio de 2015), y cuyo ambicioso y poliédrico ámbito de reformas no ha estado exento de polémica.

En efecto, en sus más de 135 páginas de Boletín, incluye reformas sobre los expedientes relativos a personas (Título II), familia (Título III), derecho sucesorio (Título IV), derecho de obligaciones (Título V), derechos reales (Título VI), subastas voluntarias (Título VII), y -en lo que a esta asignatura respecta- expedientes en materia mercantil (Título VIII):

- De la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad.
- De la convocatoria de juntas generales.
- Del nombramiento y revocación de liquidador, auditor o interventor de una entidad.
- De la reducción de capital social y de la amortización o enajenación de las participaciones o acciones.
- De la disolución judicial de sociedades.
- De la convocatoria de la asamblea general de obligacionistas.
- Del robo, hurto, extravío o destrucción de título valor o representación de partes de socio.
- Del nombramiento de perito en los contratos de seguro.

Por si fuera poco, su Disposición Final 14ª modifica trece artículos de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo contenido será objeto de estudio en la segunda parte del programa (temas 13 y ss.).

## **VII. MEDIACIÓN Y ARBITRAJE.**

En el tráfico mercantil surgen con frecuencia controversias, que en su mayor parte se ventilan en los tribunales ordinarios de justicia. Cuando la desavenencia tiene su origen en un contrato, es frecuente que los empresarios opten por resolver la disputa mediante un arbitraje, es decir través de un sistema privado de solución de conflictos. Para ello es imprescindible que en el contrato inserten una cláusula de sumisión a arbitraje (“cláusula arbitral”). El arbitraje se está generalizando en el tráfico mercantil, sobre todo, internacional, ya que (i) es más rápido; (ii) es más imparcial; (iii) es más reservado y (iv) es más previsible el resultado.

El arbitraje es una institución a caballo entre el derecho civil (ya que su origen es una cláusula contenida en un contrato) y el derecho procesal (ya que el arbitraje es un proceso privado para poner fin a desavenencias). Es un contrato civil, regulado históricamente en los arts. 1.820 y 1.821 C.c., y ahora en una ley civil especial, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (“LA”). Su aplicación es sin embargo casi exclusivamente mercantil, ya que es en el ámbito empresarial donde se realiza el mayor número de arbitrajes.

El arbitraje se diferencia de:

- la transacción: es un contrato por el cual las partes resuelven una controversia, una vez que ha surgido, mediante pacto y sin intervención de un tercero (art. 1809 C.c.);
- la intervención de tercero para completar un contrato (p.e. precio en la compraventa) o
- la intervención de un tercero como mediador, designado por las partes o por un juez, para proponer una solución de compromiso a una determinada controversia; en este caso, la propuesta del mediador nunca es de obligado cumplimiento, sino que las partes se reservan el derecho de aceptarla o rechazarla.

Clases: existen varias formas para clasificar los diferentes tipos de arbitraje; las más importantes son éstas:

1) arbitraje nacional e internacional: tanto los arbitrajes nacionales como los internacionales se rigen por la LA, que diseña un régimen común para ambos (con alguna pequeña especialidad para el arbitraje internacional – p.e. en materia de derecho aplicable, art. 34.2); el art. 3 define cuándo un arbitraje debe considerarse internacional (p.e. si las partes están domiciliadas en países diferentes o si el lugar del arbitraje está situado fuera de España);

2) arbitraje administrado y arbitraje ad-hoc: en el primer caso, las partes designan una institución para que administre el arbitraje y convienen que el proceso se desarrolle según las reglas de esta institución; la institución se encarga de una serie de funciones (elección de los árbitros, decisión sobre impugnaciones contra su designación, fijación del lugar del arbitraje, administración del expediente, cobro de los gastos...) que facilitan enormemente el desarrollo del proceso; nótese que la institución administradora, por mucho que se llame “Corte” o “Tribunal” nunca decide sobre el fondo: el laudo lo dictan siempre los árbitros designados. Ad hoc son, por exclusión, aquellos arbitrajes en los que no existe institución administradora y en los que todo el proceso debe ser pactado por las partes; su ventaja es que (al menos aparentemente) son más baratos (¿por qué?); la desventaja, la inexistencia de una institución neutra de apoyo e impulso al procedimiento.

Las instituciones arbitrales más conocidas a nivel español son la Corte de Arbitraje de Madrid (que depende de la Cámara de Comercio), el Tribunal Arbitral de Barcelona (creado por la Cámara, el Colegio de Abogados y otras instituciones) y la Corte Española de Arbitraje (que depende del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, fue creada por el RD 1094/1981). A nivel internacional, la institución más antigua y prestigiosa es la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, especializada en arbitrajes internacionales. Otras instituciones importantes son la *American Arbitration Association*, la LCIA (de Londres) y la Cámara de Comercio de Estocolmo.

3) Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad: los árbitros pueden decidir la contienda bien aplicando un ordenamiento jurídico (que normalmente será la ley pactada por las partes en el contrato en el cual se inserta la cláusula de arbitraje), en cuyo caso se habla de arbitraje de derecho, o bien según su leal saber y entender, lo que se conoce como arbitraje de equidad; en este último caso, no es que los árbitros se puedan desentender totalmente del derecho, pero tienen un mayor margen de discrecionalidad para interpretar la ley y fijar las indemnizaciones (lo que no necesariamente es bueno, pues resta

previsibilidad al arbitraje); la ley española presume que si no se pacta expresamente el arbitraje de equidad, los árbitros han de resolver en derecho (art. 34.1 LA).

Legislación: en todo arbitraje hay que distinguir entre la ley aplicable al fondo del asunto, y la ley aplicable al procedimiento. ¿Qué ley se aplica al fondo? Si el arbitraje es interno, normalmente se aplicará la ley española. En los arbitrajes internacionales, por el contrario, se debe decidir aplicando el Convenio de Roma de 1980 (que en su art. 3 deja una amplia libertad a las partes para pactar la ley que quieren aplicar al contrato; en caso de falta de elección, el art. 4 se decanta por la ley del país que “presente los vínculos más estrechos” con el contrato). Si las partes no han designado ninguna ley aplicable al fondo, el art. 34.2 LA permite a los árbitros aplicar las “normas jurídicas que estimen apropiadas” (los árbitros pueden aplicar el ordenamiento jurídico que les parezca más razonable, o incluso decantarse por la “*lex mercatoria*”, es decir, los principios generales del comercio internacional).

Tratados internacionales: la piedra angular del sistema de arbitraje internacional es el Convenio de Nueva York de 1958 (“CNY”). España ratificó el Convenio en 1977, y además lo hizo sin ninguna reserva, por lo que se aplica a todo tipo de conflictos, incluso no comerciales, y también a laudos dictados en países que no hayan ratificado el Convenio, o a favor de nacionales cuyo Estado tampoco lo hayan ratificado (art. I.3). El Convenio persigue dos objetivos:

- imposibilitar que se pueda acudir a la Justicia, si se ha firmado una cláusula de arbitraje, y
- simplificar la ejecución de los laudos arbitrales internacionales en todos los países signatarios. El CNY ha tenido un gran éxito, ha sido ratificado por prácticamente todos los países del mundo, y es la base legal sobre la que se asienta la eficacia del arbitraje para resolver disputas en el comercio internacional.

Señalar, finalmente, que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (*B.O.E.* núm. 162, de 7 de julio), introduce la regulación en materia de mediación en estos asuntos, por primera vez, en el ordenamiento jurídico español. El origen de esta ley se encuentra en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008. Sin embargo, la normativa aprobada va más allá; dota de una regulación jurídica a toda mediación que tenga lugar en España con un régimen jurídico vinculante, en el ámbito de los asuntos civiles y mercantiles. Además, “engarza” la mediación con el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho procesal, para dotarla de coherencia y, si las partes lo desean, conferir al resultado fuerza jurídica vinculante.