

DR 22 18

Vamos a finalizar los espacios para los alumnos de cuarto de Derecho, en el día de hoy escuchando al catedrático de Derecho y Mercantil I, don Alberto Bercovich, que habla de notas sobre las fuentes del Derecho y Mercantil. Durante la semana que acaba de transcurrir hemos debido estudiar el tema 2 relativo al concepto y sistema del Derecho Mercantil. Pasamos por consiguiente al tema 3 sobre fuentes del Derecho Mercantil, al que vamos a dedicar este espacio para ofrecerles unas nociones orientadoras.

Las fuentes del Derecho Mercantil son las mismas fuentes del Derecho establecidas en el título preliminar del Código Civil para todo el ordenamiento jurídico español, es decir, la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Ahora bien, lo que varía en el Derecho Mercantil es el orden de prelación, es decir, el orden jerárquico que rige entre esas fuentes, ya que el artículo segundo del Código de Comercio, esencial en la materia, dispone que los actos de comercio se rigen por las disposiciones contenidas en él, en su defecto por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza y a falta de ambas reglas por las del Derecho Común. La especialidad de este orden de prelación radica en que en materia mercantil el uso, esto es, la costumbre, se aplica antes que las normas legales del Derecho Común, siempre que esas normas legales no tengan carácter imperativo, pues si tienen carácter imperativo tampoco pueden prevalecer contra ellas los usos mercantiles.

Ahora bien, ese orden de prelación establecido en el artículo segundo del Código de Comercio tiene una importantísima excepción contenida en el artículo 50 del propio Código, ya que en materia de contratos mercantiles el uso mercantil no prevalece frente a las normas legales dispositivas del Derecho Común, sino que, como se dice en ese precepto, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales se aplicarán las reglas generales del Derecho Común. Así pues, en materia mercantil se aplican en primer término el Código de Comercio, las leyes especiales mercantiles y las normas legales imperativas del Derecho Común. En segundo lugar, los usos mercantiles y, en último término, las normas del Derecho Común de carácter dispositivo.

Ahora bien, cuando se trata de contratos mercantiles ya hemos visto que las normas del Derecho Común se aplican antes que los usos mercantiles. El número 2 del programa en esta lección tiene como epígrafe la ley mercantil y está desarrollado en la adenda número 1 de este curso. La razón fundamental que ha hecho necesario reelaborar esa pregunta ha sido la de tener en cuenta los problemas suscitados por la nueva Constitución y, más particularmente, el problema que antes no existía de determinar a quién corresponde la competencia legislativa en materia mercantil, si al Estado o a las comunidades autónomas.

Esta cuestión es estudiada en la adenda a la que tengo que remitirme. Allí se puede ver que, en mi opinión, el artículo 149, apartado primero, número 6º, al atribuir al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil, le está atribuyendo la potestad de legislar sobre los actos de comercio, tal como los delimita el artículo 2º del Código de Comercio. Ahora bien,

teniendo en cuenta el resto del artículo 149, hay que llegar a la conclusión de que, en nuestro régimen constitucional, la potestad de legislar sobre materias del derecho mercantil, dando a esta noción del derecho mercantil el ámbito que le atribuye la doctrina y que ustedes conocen, corresponde esa potestad, en general, al Estado.

A las leyes mercantiles especiales se dedica un epígrafe del programa, que está desarrollado en el libro de referencia con una larga lista de disposiciones legales. Considero inútil aprender esa lista de memoria, por cuanto entiendo que el momento de aprender lo relativo a cada ley en concreto será cuando se estudie la materia que esa ley regula. Por lo que se refiere a los usos de comercio, debo recordarles que la prueba del uso ha de estudiarse también por la adenda número 1 de este curso.

Allí se pone de manifiesto que, a la vista del artículo 1º, apartado 3 del Código Civil, la costumbre, en nuestro caso el uso de comercio, ha de ser probada por quien la alegue. También merece una referencia la noción de derecho común utilizada en los artículos 2º y 50 del Código de Comercio al establecer el orden de prelación de fuentes. Discute, en efecto, la doctrina si, como derecho común, debe considerarse exclusivamente la normativa contenida en el Código Civil o, por el contrario, la contenida en el derecho foral allí donde exista.

Según la importante y discutida sentencia de 28 de junio de 1968, la mención del derecho común se refiere, según los casos, tanto al derecho contenido en el Código Civil como a los derechos forales. Para terminar, voy a tratar de las condiciones generales de la contratación para añadir algo a las explicaciones contenidas en el libro de referencia. Las condiciones generales de la contratación como instrumento jurídico que sirve a los empresarios para imponer a su clientela el clausulado de sus contratos han sido y son utilizadas con frecuencia para imponer a los clientes condiciones poco equitativas.

No puede extrañar, por ello, que en el movimiento de protección de los consumidores que tiene su apoyo legal en nuestro país, en el artículo 51, artículo 51 de la Constitución, se considere prioritario evitar que las condiciones generales de la contratación sean utilizadas para imponer cláusulas abusivas a los consumidores y usuarios. Por ello, el planteamiento más reciente del problema en otros ordenamientos tiende a restablecer la igualdad entre los contratantes mediante normas imperativas que protegen al contratante más débil, dando audiencia a los representantes de los consumidores en los órganos que han de homologar las condiciones generales de la contratación, instituyendo autoridades administrativas encargadas de la aplicación de la legislación sobre condiciones generales y facilitando el ejercicio de acciones colectivas. En esta línea cabe señalar la resolución 47 del año 76 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, la ley alemana de 9 de diciembre de 1976 y la ley inglesa de 1977.

Es indudable que este movimiento frente a las condiciones generales de la contratación ha de llegar a nuestro país cuando se desarrolle el artículo 51 de la Constitución. De hecho, ya se está trabajando en un anteproyecto de ley sobre esta materia en el seno de la sección de Derecho

Mercantil de la Comisión General de Codificación. Durante esta semana deben estudiar ustedes esta lección tercera a la que nos hemos referido.

Buenas tardes. En Derecho Mercantil I, el catedrático de la Asignatura, don Alberto Bercovich, ha hablado de notas sobre las fuentes del...