

Módulo I
Teoría general de los contratos y obligaciones mercantiles

LECCIÓN 1ª. INTRODUCCIÓN A LA CONTRATACIÓN MERCANTIL.

Jorge Viera González
Catedrático de Derecho Mercantil

INDICE

- I. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA NORMATIVO DEL DERECHO ESPAÑOL DE LOS CONTRATOS PRIVADOS.
- II. SOBRE LA PRETENDIDA ESPECIALIDAD MERCANTIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS
- III. SENTIDO Y ALCANCE GENERAL LAS ESPECIALIDADES MERCANTILES EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS QUE SE RECOGEN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE.
- IV. ESPECIALIDADES Y SUPUESTAS ESPECIALIDADES EN RELACIÓN CON EN RÉGIMEN GENERAL DE OBLIGACIONES.
 1. El término esencial y prohibición de los términos de gracia y cortesía.
 2. Exigibilidad de las obligaciones puras.
 3. Régimen de la mora.
 4. Prescripción de las obligaciones mercantiles.
 5. La cuestión de la solidaridad como forma de cumplimiento de las obligaciones mercantiles.
- V. ESPECIALIDADES MERCANTILES EN MATERIA DE CONTRATOS.
 1. Principio de libertad de forma.
 2. Pena convencional.
 3. ¿Especialidades en materia de interpretación contractual?
- VI. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES.
- VII. ESPECIALIDADES QUE LA NORMATIVA GENERAL INTRODUCE EN LOS CONTRATOS MERCANTILES POR LA FORMA DE CELEBRACIÓN: LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.
- VIII. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

ABREVIATURAS

Código de Comercio de 1885.	C. de c.
Código de Comercio de 1829.	C. de c. 1829
Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías	CVCIM
Ley Cambiaria y del Cheque	LCCH
Ley de Condiciones Generales de la Contratación.	LCGC
Ley de Contrato de Seguro	LCS
Ley de Ordenación del Comercio Minorista.	LOCM
Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante	LSSICE
Principios del Derecho Europeo de los contratos.	PECL (por sus siglas en inglés)
Principios UNIDROIT para los contratos mercantiles internacionales	UPICC (por sus siglas en inglés)
Sociedad Anónima	SA
Sociedad de Responsabilidad Limitada	SRL
Texto Refundido por el que aprueba la Ley de Sociedades de Capital.	LSC
Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.	TRLGDCU
Tribunal Supremo	TS

I. INTRODUCCIÓN AL SISTEMA NORMATIVO DEL DERECHO ESPAÑOL DE LOS CONTRATOS PRIVADOS.

El Derecho español de los contratos privados está compuesto por cuatro conjuntos normativos distintos. En primer lugar, y pieza central de todo el sistema de fuentes es la normativa sobre obligaciones y contratos contenida en el Libro IV, arts. 1088 a 1975, del Código Civil español (en adelante, CC). Estas normas son de aplicación, *prima facie*, a la contratación realizada entre particulares (lo que modernamente se conoce con las siglas anglosajonas C2C, *consumer to consumer*), es decir, todas aquellas personas físicas y jurídicas que no actúan en el ámbito propio de su actividad ya sea profesional, empresarial, artesanal u oficio. Pero, dada la especial posición que el CC tiene en el sistema de fuentes del Derecho privado de la contratación, estas normas son aplicables subsidiariamente a cualquiera de los otros conjuntos normativos que integran el Derecho privado español de la contratación. En este sentido el art. 50 del Código de Comercio español dispone que los “*contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extensión y a la capacidad de los contratantes se regirá en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código [de Comercio] o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común*”. En la misma línea, el art. 59 del y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU) dispone que los contratos con consumidores “*se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*”.

El segundo conjunto normativo está compuesto por las normas contenidas en los arts. 50 a 63 y en el Libro II, arts. 116 a 572, del C. de c., así como en otras leyes especiales mercantiles¹. Estas normas son de aplicación a los contratos celebrados entre empresarios en el ejercicio de su actividad (lo que modernamente se conoce con las siglas anglosajonas B2B, *Business to Business*). Dado que el art. 5 TRLGDCU contiene un concepto ciertamente laxo de empresario², es necesario puntualizar que la contratación realizada entre dos profesionales, no empresarios, no entra dentro del ámbito de aplicación del C. de c., sino que estaría regulada por las normas del CC. La equiparación entre empresario y cualquier otro tipo de profesional que ofrezca o preste bienes y servicios al mercado, solo se admite en el ordenamiento jurídico español en relación con los contratos celebrados con consumidores, que constituye el tercer conjunto normativo que compone el Derecho español de la contratación privada.

¹ Prácticamente desde su promulgación el C. de c. español ha venido experimentando un ininterrumpido proceso de “descodificación” de materias a favor de la promulgación de leyes especiales sectoriales. Dejando al margen todos los supuestos de contratos de sociedades (Sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, cooperativas, agrupaciones de interés económico, etc.), por lo que respecta a la contratación mercantil baste hacer referencia a los casos de La Ley 50 /1980, del Contrato de Seguro; Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; Ley 24/ 1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; Ley 12/1992, de 27 de mayo de Contrato de Agencia; Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 34/ 2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico; Ley 3/ 2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles; Ley 26/2006, de 17 de julio de mediación de seguros y reaseguros privados; Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre Régimen de la Ofertas Públicas de Adquisición de Valores; etc.

² Según ese precepto, y a los solos efectos de la normativa de consumo, se consideran empresarios a «*toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesionales, ya sea pública o privada*».

Efectivamente, el tercer conjunto normativo jurídico-privado en materia de contratos lo constituyen las diversas normas que regulan las relaciones entre los empresarios y profesionales con los consumidores. Por consumidor se entiende toda persona física o jurídica que actúa en un ámbito de la contratación "*ajeno a su actividad empresarial o profesional*"³. Tras la reciente promulgación del TRLGDCU se incorpora, a nuestro ordenamiento jurídico, por primera vez, un conjunto de disposiciones generales, contenidas en el Libro II TRLGDCU (arts. 59 y ss.), que constituyen lo que podríamos considerar la Parte General de contratación en materia de consumidores en el ordenamiento jurídico español, de tal forma que esos preceptos serían de aplicación a cualquier supuesto de contratación con consumidores independientemente de que desde el punto de vista formal dicha regulación se encuentre en el TRLGDCU o en otra ley especial. Ahora bien, esta función supletoria de las normas previstas en el TRLGDCU está severamente disminuida, ya que las mismas sólo entrarían en juego cuando las disposiciones especiales no recojan una normativa específica que desplace la aplicación de las disposiciones generales del TRLGDCU, lo que es muy frecuente, como sucede, por ejemplo, en una institución tan relevante en materia de protección de consumidores como es el derecho de desistimiento. Así, por ejemplo, el régimen contenido en materia de desistimiento en la Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, difiere en aspectos esenciales (plazos para el ejercicio, excepciones, etc.) del régimen general previsto en el TRLGDCU. Por tanto, la contratación con consumidores no se agota con la normativa contenida en el TRLGDCU, sino que se debe completar por una abundante legislación sectorial que regulan concretos supuestos de contratación con consumidores⁴.

Este conjunto normativo constituye en la actualidad el principal motor que está impulsando la renovación del Derecho español de los contratos. En el caso de España y, a diferencia de otros países, no contamos ni con un Código específico de consumo en el que trasponer esas directivas (caso de Francia), ni tampoco hemos emprendido la tarea de revisión de nuestros Códigos decimonónicos (caso de Alemania y Holanda) para incorporar todo ese acervo normativo. Por lo general, toda la normativa comunitaria se ha incorporado a nuestro ordenamiento a través de leyes especiales cuyo objeto coincidía, normalmente, con el de las directivas comunitarias, lo que ha provocado la promulgación de una amplísima lista de leyes sectoriales de contratación con consumidores. Esta técnica legislativa tiene como resultado que el Derecho contractual de consumo tiene en nuestro ordenamiento un carácter fragmentario, asistemático y, en ocasiones, contradictorio dadas las diferentes soluciones que se adoptan en esa pluralidad de normas, lo que no ha mejorado sustancialmente con la promulgación en 2007 del TRLGDCU, ya que a ese texto no se han llevado todas las disposiciones legales en materia de contratos de consumo.

Desde el punto de vista del marco de relaciones con los anteriores conjuntos normativos que hemos descrito, queremos hacer dos observaciones. En primer lugar, desde una perspectiva conceptual y sistemática la contratación con consumidores se adscribe al Derecho Civil, lo que significa que, en defecto de normativa especial de consumo, se aplicarán las normas generales

³ Art. 3 TRLGDCU.

⁴ Ejemplos de esta normativa son, entre otras disposiciones legales, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; Ley 43/ 2007, de 13 de diciembre, sobre protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio; Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o créditos; Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de los derechos de los usuarios de comunicaciones electrónicas, etc.

del CC. A nuestro juicio, de *lege lata*, ciertamente el art. 326. 1º C. de c.⁵ representa un obstáculo insalvable para la consideración de la venta de consumo como contrato mercantil⁶, a pesar de que desde una perspectiva funcional el objeto de muchas actividades empresariales consista en la contratación con destinatarios finales consumidores y usuarios⁷ (por ejemplo, el comercio minorista).

Ahora bien, el principio de protección de consumidores no se limita a relaciones jurídicas en las que participan un consumidor y un empresario. La tutela del consumidor se extiende hoy a todo supuesto en el que un consumidor contrata con un profesional que ofrece cualquier tipo de bien o servicio de cara al mercado dentro de una actividad profesional, sea o no sea empresario. En el plano jurídico positivo esto se refleja en el art. 4 TRLGDCU que recoge un concepto amplísimo de empresario que desvirtúa su significado jurídico mercantil, tal y como hemos apuntado anteriormente. En otro sentido, debemos tener en cuenta que hay sectores de la moderna contratación que tienen como objetivo de política jurídica la protección del destinatario final, independientemente de que éste tenga o no la condición de consumidor. Basta citar dos ejemplos. La LOCM contiene un amplio régimen en relación con las llamadas actividades comerciales de promoción de ventas (arts. 36 a 61 LOCM), que en esencia trata de proteger al destinatario final de los bienes y servicios frente a determinadas prácticas comerciales (ventas en rebajas, en liquidación, de saldos, etc.), lo que en la praxis comercial española está dando lugar a algunas situaciones paradójicas⁸. En este mismo sentido debemos referirnos a las normas de protección de los adquirentes de viajes combinados, normativa incluida formalmente dentro de la TRLGDCU, pero que en virtud del art.151 TRLGDCU considera como consumidor o usuario a toda persona física o jurídica que compre o se comprometa a comprar un viaje combinado

⁵ Art. 326 C. de c.: “No se reputarán mercantiles: 1º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieren”.

⁶ En este sentido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Una teoría económica sobre le mercantilidad de la compraventa de bienes para consumo empresarial. (a propósito de la STS de 12 de diciembre de 1981)», en *ADC*, 1983, XXXVI, Fasc. IV, págs. 943 y ss.; ídem «La mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial. (A propósito de la sentencia del T.S. del 20-XI- 1984)», en *RDM*, núm. 245 enero-junio, 1985, págs. 246-247; ALCOVER GARAU, G., «La mercantilidad de la compraventa de bienes para consumo empresarial», en: *RJC* núm.2 1987, págs. 446 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3ª ed., Barcelona, 1990, págs. 83 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R./LEGUINA VILLA, J., (Dir.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Madrid, 1997, págs. 665 y ss.

⁷ GONDRA ROMERO, J.Mª., *Derecho Mercantil*, I, *Introducción*, Madrid 1992, pág. 105.

⁸ Así se detecta en la práctica comercial española que pequeños empresarios (normalmente de sectores como el comercio minorista o la hostelería) recurren a las grandes superficies comerciales como proveedores de las mercancías que posteriormente revenden a consumidores, ya que en ellas obtienen mejores precios que los que les ofrecen los propios fabricantes. Desde un punto de visto conceptual este tipo de compraventa no cabe duda de que se trata de compraventas entre empresarios, por tanto regidas por las normas del Derecho Mercantil, pero toda vez que las mismas se formalizan en el marco de un establecimiento abierto al público, le resulta de aplicación la LOCM y entre ellas aquellas normas que obligan al establecimiento a vender los productos ofertados (art. 9 LOCM), lo que en la praxis de estas grandes superficies ha planteado sobre todo problemas de ordenación ya que las compras realizadas por estos pequeños comerciales muchas veces eliminan la posibilidad de que los auténticos consumidores se puede beneficiar de las ofertas que realizan estas grandes superficies.

(contratante principal) o bien aquella persona física a la que ésta le cede el viaje combinado (cesionario), sin hacer referencia al hecho de que actúe o no en el ámbito propio de su actividad⁹.

Por todo esto, se puede decir que la *ratio legis* del art. 326 C. de c. ha quedado superada. La necesidad de protección del consumidor se origina por el hecho de que éste contrata con un profesional, empresario o no. Por tanto, una necesidad que deriva directamente del tráfico económico profesional en sentido amplio, y no sólo del tráfico empresarial. Y desde esta perspectiva, ciertamente, no se puede justificar que a los contratos de consumo se les aplique preferente el CC porque el C. de c. no ofrezca suficiente protección al comprador- consumidor. Esto, como ya hemos afirmado en otro lugar¹⁰, no es más que otro prejuicio de los que han presidido, muy frecuentemente, las relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil en la doctrina española. La realidad y la legislación vigente ponen de manifiesto que tanto el C. de c. como el CC son igualmente insuficientes para atender a las nuevas necesidades de política jurídica que suscita el principio de protección de los consumidores¹¹, lo que, a su vez, lleva a cuestionarse la virtualidad del sistema dual de códigos, poniendo de manifiesto, al menos en el plano de *lege ferenda*, “*la oportunidad de unificar formalmente el régimen de la compraventa y, en general el Derecho de obligaciones y contratos*”¹².

En segundo lugar e íntimamente conectado con esto último, debemos dejar constancia de que en algunos casos la normativa sectorial de consumo, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través fundamentalmente de la transposición de las Directivas comunitarias, se ha construido sobre unas bases metodológicas y sistemáticas importadas desde ordenamientos jurídicos, esencialmente los del ámbito de *common law*, en los que no se produce esa distinción entre contratos civiles y mercantiles. Desde la perspectiva del Derecho privado español esto ha provocado situaciones ciertamente paradójicas. Así, el régimen jurídico de garantías en la venta de bienes de consumo, incorporado hoy a los arts. 114 y ss. TRLGDCU, sigue un esquema prácticamente igual al previsto en una norma *genuinamente* mercantil como es la CVCIM, articulado en torno al concepto de falta de conformidad bajo el cual se unifican los distintos supuestos de responsabilidad contractual que en los ordenamientos latinos, caso del español, se agrupan en dos regímenes distintos de responsabilidad: las acciones edilicias por los vicios o defectos ocultos y el de incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar las cosas objeto del contrato¹³, lo que no hace sino incidir en la artificiosidad sobre la que, en la mayor parte de los casos, está basada la pretendida especialidad mercantil en materia de contratos.

La descripción del panorama jurídico privado español en materia de contratos se completa con un último conjunto normativo que se delimita, no por razón de la materia (civil, mercantil o consumo), sino por la particular forma en que se celebra el contrato y que es de aplicación a cualquiera de los bloques normativos que acabamos de ver: el régimen de las condiciones

⁹ Así el empresario que contrata un viaje combinada para premiar a sus empleados más eficientes estaría protegido por esta normativa, a pesar de tratarse de un profesional que actúa en el ámbito propio de su actividad profesional.

¹⁰ ALONSO UREBA, A./VIERA GONZÁLEZ, A. J., en «*Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por internet*» en AAVV *Derecho de internet*, Thomson Aranzadi, 2003, pág, 287 y siguientes.

¹¹ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., «*Compraventa mercantil y derecho.....*», cit., pág. 83.

¹² GONDRA ROMERO, J.M^a., *Derecho mercantil*, I, cit., pág. 107.

¹³ Una exposición completa del estado de la cuestión en esta materia puede consultarse en los dos trabajos de FENOY PICÓN, Nieves, *El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, 2006.

generales de la contratación. La LCGC tiene, pues, en nuestro ordenamiento jurídico un contenido transversal, al aplicarse a cualquier tipo de contrato en el que una de las partes haya utilizado condiciones generales de la contratación, es decir, cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1.1 LCGC). Solamente en materia de control de contenido de las condiciones generales de la contratación (cláusulas abusivas), la LCGC hace una distinción entre los contratos celebrados con consumidores y los celebrados entre empresarios, de forma que el régimen de las cláusulas abusivas contenido en los arts. 80 y ss. TRLGDCU es solamente aplicable a los contratos con consumidores, si bien hoy no se puede ignorar una decidida tendencia en los Tribunales españoles a extender analógicamente a la contratación entre empresarios las soluciones arbitradas en el ámbito del consumo¹⁴, lo que, sin perjuicio de su corrección desde el punto de vista de justicia material, no deja de plantear serias dudas desde un punto de vista de justicia formal¹⁵. El régimen de las condiciones generales de la contratación como forma especial de celebración del contrato determina que en materia de interpretación de este tipo de cláusulas se contengan reglas especiales que completan el régimen jurídico de los demás conjuntos normativos.

II. SOBRE LA PRETENDIDA ESPECIALIDAD MERCANTIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

La generalidad de la doctrina mercantilista reconoce que no hay un concepto distinto de obligación del que ya nos proporciona el Derecho civil (GARRIGUEZ; GOMEZ CALERO). Así la obligación se concibe como una relación bipolar en la que el deudor está comprometido a realizar una prestación a favor de otra, el acreedor. Este es en definitiva el resultado de la evolución de la concepción de la obligación como un vínculo personal del deudor (en el Derecho romano era la propia persona del deudor en su entidad física la que quedaba vinculada) a otra de carácter patrimonial (ahora es el patrimonio del deudor el que queda afectado por la obligación; cfr. Art.1911 CC¹⁶).

Admitido esto, la doctrina anteriormente citada cree que en las obligaciones civiles se destaca más el aspecto subjetivo, mientras en las mercantiles predomina el aspecto objetivo de la obligación y su modalidad económica. Lo que busca el acreedor y procura obtener, independientemente de la conducta del deudor, es la utilidad patrimonial de la obligación. La actividad del deudor no es un fin; “es un medio para obtener esa satisfacción patrimonial”. De esta forma se cree que esa concepción patrimonial o “impersonal” de la obligación se adapta

¹⁴ Los primeros ejemplos de esta praxis jurisprudencial son muy anteriores a la gran crisis económica del 2007-2008. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1998; de 18 de septiembre de 1998 y de 21 de enero de 1999; 31 de octubre 2000 lo ponen de manifiesto. En la doctrina se muestra partidario de esta extensión analógica PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones Generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid-Barcelona, 1999, págs. 520 a 525.

¹⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Madrid 2009, no se muestra partidario de esta solución, *passim*, en especial pág. 206 y ss.

¹⁶ Art.1911 CC: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

mejor a las exigencias del tráfico mercantil, que tiende a eliminar toda nota individual y personalista”. Para GOMEZ CALERO este predominio de la finalidad económico social de la obligación se traduce entre otras cosas en el fenómeno de la estandarización de la contratación mercantil, esto es, los contratos que nacen por pura adhesión del consumidor.

A nuestro juicio no se produce esa especificidad en las obligaciones mercantiles que no se produzca también en las civiles. Efectivamente, la mejor doctrina civilista ya destacaba como uno de los elementos integrantes de la obligación el carácter patrimonial de la relación obligatoria. Obsérvese que nos referimos, siguiendo a la doctrina citada, a la relación obligatoria –entendida como el conjunto de derechos y deberes que surgen de una situación concreta, por ejemplo, un contrato de compraventa) y no a una prestación concreta de las que pueden integrar una relación obligatoria. Pues bien, para esta doctrina en un contrato o relación obligatoria puede existir una obligación extrapatrimonial (por ejemplo, la prohibición de que el inquilino no meta animales en la casa arrendada), y es perfectamente admisible. Sin embargo, tal prestación aparece en el marco de una relación obligatoria, el contrato de arrendamiento, que tiene un claro sentido patrimonial, lo que para esta doctrina lleva también a considerar que tal prestación tiene en realidad un valor económico. La cuestión más teórica que práctica sería qué pasa en aquellos casos en que la única prestación que exista dentro de una relación obligatoria tuviera ese carácter. Pero como dice Díez Picazo esta sería una hipótesis muy difícil de concebir. Para él la obligación es ante todo «*un cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica. A través de ella se trata de hacer dinámica la vida económica mediante el intercambio de bienes y la cooperación en la prestación de servicios*». Atendiendo a estas consideraciones no parece que la patrimonialidad de la obligación tenga un sentido diverso en el Derecho mercantil.

En lo que se refiere al predominio del carácter impersonal en las obligaciones mercantiles hay que apuntar dos cosas. En primer lugar, ello no significa que las relaciones civiles siempre tengan un carácter personalísimo de tal forma que en los contratos civiles la identidad de las personas que actúan en él tenga un carácter relevante en su régimen jurídico. Ustedes cuando quieren vender una cosa que les sobra en su casa no buscan a la persona ideal que deba ser merecedora de adquirir esa propiedad. A ustedes lo que les interesa, normalmente, es el que vendedor les pague el precio. El carácter impersonal de las obligaciones es, a nuestro juicio, un signo de las grandes sociedades industriales en las que vivimos, cuya masificación impone el desplazamiento de cualquier consideración personal, a favor de otras más objetivas y fáciles de identificar.

En segundo lugar, no nos parece que en todas las relaciones obligatorias mercantiles predomine el aspecto impersonal de tal forma que no quepan en ese ámbito negocios jurídicos constituidos sobre la base del *intuitu personae*. Efectivamente, ustedes no designarán factor o apoderado general de su empresa al primer mequetrefe que pase por su casa. Antes al contrario, procurarán ustedes, en la medida de lo posible, llevar a cabo un proceso de selección que les permita encontrar a la persona más idónea y merecedora de su confianza.

Aquellas interpretaciones de la doctrina mercantilista nos parece que son fruto de la necesidad de *apología pro vida propria* que caracterizó a la historia del Derecho mercantil desde su nacimiento en la Edad Media (GARCÍA PITA). Si echan un vistazo por los manuales de nuestra disciplina comprobarán que todos dedican un tratamiento cuidadoso, tal vez más de lo deseable, al tema del concepto, justificación y criterios de delimitación del Derecho mercantil. Tal vez ese afán que tenemos todos los mercantilistas en delimitar nuestra disciplina del Derecho Civil, haya llevado a buscar “supuestas” especialidades más allá del criterio subjetivo de delimitación de la materia mercantil que ya conocen ustedes del curso pasado.

III. SENTIDO Y ALCANCE GENERAL LAS ESPECIALIDADES MERCANTILES EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS QUE SE RECOGEN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE.

El estudio de las concretas especialidades mercantiles en materia de obligaciones y contratos recogidas en el C. de c. (arts. 50 a 63) no se pueden entender en todo su alcance si no hacemos un breve apunte histórico sobre cómo se desarrolló el proceso codificador del Derecho Privado español.

Si analizamos los arts. 50 a 63 C. de c. nos encontramos con una serie de normas asistemáticas, insuficientes y aisladas sobre temas de lo más diverso y cuya especialidad ha sido puesta en evidencia por la propia evolución de la legislación mercantil (caso, por ejemplo, de las causas de interrupción de la prescripción). Este resultado jurídico-positivo manifiestamente insatisfactorio tiene una explicación (no justificación) histórica. Las especialidades mercantiles en general y en especial en materia de obligaciones y contratos se forman – siempre por la insuficiencia e inadaptación formal y de fondo del Derecho Civil- a partir del Medievo por vía fundamentalmente consuetudinaria, recogándose algunas de ellas en cierta medida en las ordenanzas mercantiles de los siglos XVII y XVIII. Tienen por lo tanto el mismo origen que el Derecho Mercantil en general.

El Derecho civil, tanto en su aspecto material como procesal, no se adapta a las exigencias del tráfico mercantil y, hasta la codificación, adolece de una gran inseguridad respecto del estado de fuentes. En el terreno procesal civil existe una gran lentitud, limitándose su ámbito de aplicación al sector agrícola y artesanal. En definitiva, pues, el Derecho civil se hace cada vez más insuficiente para las exigencias de celeridad, rigor, previsibilidad y seguridad del tráfico mercantil. En ese momento histórico ya se demandaban algunas especialidades (generalización de la solidaridad como forma de responsabilidad frente a la mancomunidad civil, la mora objetiva, validez de las penas convencionales, etc.) algunas de las cuales se fueron incorporando a la primera generación de Códigos de Comercio de los países de nuestro entorno europeo.

Cuando se emprende la tarea de la primera codificación mercantil española (C. de c. 1829) a sus redactores (Sainz de Andino) no les preocupaba sólo recoger las especialidades mercantiles sino que, además, tratan de salvar la inseguridad que para el tráfico económico profesional suponía el estado de las fuentes jurídico civiles previo a la codificación civil y en el que aún se planteaba si partes de las Partidas de Alfonso X El Sabio y de la Novísima recopilación estaban vigentes. Esto lógicamente generaba inseguridad por la necesaria remisión a las fuentes civiles. Por ello Sainz de Andino recoge en el C. de c. del 29 preceptos que tienen como objetivo de política jurídica responder a la inseguridad de las fuentes civiles y no a consagrar una auténtica especialidad mercantil.

La especialidad mercantil sobreviene cuando al elaborarse posteriormente el CC algunas de esas materias generales no reciben la misma respuesta jurídico-positiva, sino que se recoge una solución distinta fruto de la evolución doctrinal y jurisprudencial desde 1829 hasta 1888 en que se promulga el CC. Se generan unas especialidades que no se justifican en las exigencias del tráfico económico profesional, sino en la falta de coordinación entre las codificaciones mercantiles y civiles del siglo XIX. Por tanto, más que especialidades mercantiles no encontramos en algunos casos ante divergencias de tratamiento jurídico positivo. Esta situación jurídico-positiva se traslada también al Código vigente de 1885 ya que el mismo asume la mayor parte de las soluciones del C. de c.1829 en materia de contratación mercantil.

Vamos a entrar ahora en el estudio de los arts. 53 a 63 del Código de comercio, distinguiendo lo que son especialidades en relación las obligaciones de las que se refieren a los contratos en general.

IV. ESPECIALIDADES Y SUPUESTAS ESPECIALIDADES EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN GENERAL DE OBLIGACIONES.

1. El término esencial y prohibición de los términos de gracia y cortesía.

Es lugar común considerar que la justificación misma del Derecho Mercantil descansa en las exigencias propias del tráfico económico profesional que demanda rapidez y seguridad en el cumplimiento de las obligaciones, rigor en la responsabilidad y previsibilidad de las conductas¹⁷. Reflejo de estas exigencias, el art. 61 C de c. prohíbe que se reconozcan «*términos de gracia, cortesía u otros que, bajo cualquier denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato, o se apoyaren en una disposición terminante de derecho*», lo que contrasta con su paralelo en el ámbito civil, el art. 1124 párrafo 3º CC que dispone que el «*Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo*».

El precepto mercantil se explica en el objetivo de garantizar la rapidez en el cumplimiento de la prestación debida, desplazando a la legislación civil y excluyendo cualquier costumbre en contrario. En el ámbito de la compraventa internacional el art. 45.3 CVCIM establece esa misma prohibición que en ese contexto se explica no sólo por razones de rapidez, sino también porque la concesión del plazo de gracia se dejaría al «*criterio discrecional de un juez que, por lo general, será connacional de una de las partes*¹⁸».

El carácter esencial del plazo o término de las obligaciones mercantiles ha sido reiterado por la Jurisprudencia del TS en varias sentencias como la de 31 de enero de 1985¹⁹ en la que se puede leer que «*en la vida mercantil el retraso en la ejecución equivale a falta de prestación, a consecuencia de la especialidad característica del Derecho mercantil*» [Cfr. también SSTs de 29 de enero de 1991²⁰ y de 21 de septiembre de 1990²¹]. Por tanto, los términos dilatorios son

¹⁷ Vid por todos ALONSO UREBA, A., «Contrato mercantil» en AAVV *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid, 1995, pág. 1646.

¹⁸ LOPEZ LÓPEZ, A., en DIEZ PICAZO, L., (Dir.) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid 1998, pág. 411; BROSETA PONT, M./ MARTINEZ SANZ, F., II, 14ª ed., Madrid 2007, pág. 37.

¹⁹ STS Sala 1ª de 31 enero 1985 (EDJ 1985/7131).

²⁰ STS Sala 1ª de 29 enero 1991 (EDJ 1991/804).

²¹ STS Sala 1ª de 21 septiembre 1990 (EDJ 1990/8497).

incompatibles con «*la rapidez y escrupulosa apreciación del tiempo, propias de la contratación mercantil*»²².

Debe tenerse en cuenta que la norma recogida en el art. 61 C de c. es una norma cuyos destinatarios son, evidentemente, los tribunales de justicia como lo demuestran sus correlativos en el CC (art. 1124.3 y 1128) y también el art. 45.3 CVCIM. Por consiguiente, es claro que nada impide que en el ámbito de la contratación mercantil española la parte perjudicada por el retraso pueda establecer un plazo suplementario para el cumplimiento de las obligaciones²³, en la misma línea que se reconoce en el art. 47. 1 CVCIM²⁴ y en el art. 8.106 PECL. En esta línea la STS de 14 de noviembre de 1989²⁵ establece que el art.61 C de c. «*no quiere decir que si los contratantes quieren aceptar o convalidar voluntariamente el retraso o demora, con la que cualquiera de las partes cumple su correspondiente obligación, se lo impida dicho precepto que no sería sino ir contra el principio de autonomía y libertad contractual*».

2. Exigibilidad de las obligaciones puras.

Las obligaciones puras son aquellas que no están sometidas ni a plazo ni condición²⁶. La divergencia mercantil consistiría en que el art. 62 C de c. distingue entre las obligaciones que lleven aparejada ejecución, que sería exigibles inmediatamente, y las que no la lleven, para las que se establece un plazo de 10 días. En cambio, el art. 1113²⁷ CC no realiza ningún tipo de distinción y establece la exigibilidad inmediata de todas las obligaciones puras (*Statim debetur*).

De esa comparación normativa se ha deducido que se trata de una especialidad que no tendría una justificación en las exigencias del tráfico económico profesional, pareciendo incluso que la norma civil de exigibilidad inmediata de las obligaciones puras se adapta mejor a las exigencias de ese sector de la realidad económica²⁸, ya que no es plenamente convincente la tradicional

²² GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Derecho mercantil de obligaciones*, Marcial Pons 2003, pág. 100.

²³ En contra parece pronunciarse LOPEZ LÓPEZ, A., en DIEZ PICAZO, L., *La compraventa internacional... cit.*, pág. 426, quien al hilo del comentario del art. 47.1 CCIM afirma que «hoy por hoy, los esquemas del Derecho Privado de nuestro país están alejados de soluciones como la que formula el artículo 47 [CVCIM]».

²⁴ Art. 47.1 CVCVIM: «El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban».
Art.8.106 PECL: «En todos los casos de incumplimiento, el perjudicado puede conceder a la otra parte una prórroga para proceder al pago, comunicándole dicha decisión»

²⁵ STS Sala 1ª de 14 noviembre 1989 (EDJ 1989/10143).

²⁶ ALBADALEJO, M., *Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, 11ª ed., Barcelona 2002, pág.124.

²⁷ Art. 1113 CC: «Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren»

²⁸ ALONSO UREBA, A., «Contrato mercantil» cit., pág. 1649.

explicación de esta especialidad en la idea de la relevancia que tiene el crédito en el ámbito jurídico mercantil^{29 30}. Sin embargo, es preciso hacer dos puntualizaciones.

En primer lugar, la interpretación general del art.1113 CC no estima que el acreedor pueda reclamar inmediatamente y que el deudor incurra en mora si no ejecuta la obligación inmediatamente, sino que por imperativo de la buena fe el deudor *“debe disponer de un tiempo razonable para la ejecución de la prestación, cuando, aun siendo ésta inmediata, de su naturaleza o circunstancias se desprenda que un plazo, aunque sea mínimo, es necesario”*³¹. Estas consideraciones ya obligan a matizar las pretendidas diferencias entre ambas normativas, y la mayor *“mercantilidad”* de la solución del CC. En segundo lugar, no sólo es que este art. 62 C de c. apenas tenga relevancia en la práctica³², sino que, además, el propio C. de c. establece diversas excepciones a esta regla que tienen bastante relevancia en la práctica (por ejemplo, en relación con la compraventa, el préstamo y el contrato de transporte). Ciertamente en la praxis mercantil actual es difícil imaginar situaciones en las que este art. 62 C. de c. pudiera entrar en juego como no sea en supuestos de contrato de tracto sucesivo (contrato de suministro), si bien en estos casos lo razonable es entender que el contenido de los distintos contratos de compraventa en los que se materializa el contrato de suministro, se integrarán de acuerdo a lo que han sido los usos entre las partes en las relaciones anteriores.

Finalmente, la exigibilidad inmediata del art. 113 CC también se relativiza porque el art. 1128 CC faculta a los Tribunales para la fijación del plazo en estos tipos de obligación si de *«la naturaleza y circunstancia»* de la obligación se pudiera entender la voluntad de conceder tal plazo.

3. Régimen de la mora.

Se habla de mora cuando se produce un retraso en el cumplimiento de las obligaciones. En sentido estricto el término mora se debe reservar para aquellas situaciones en las que es posible todavía el cumplimiento del contrato [STS de 15 diciembre de 2004], porque el plazo para el cumplimiento no era esencial bien por disposición legal o bien por voluntad de las partes y, aún en este último caso, cabe, como hemos visto anteriormente, que el acreedor pueda conceder un plazo suplementario para su cumplimiento, sin perjuicio de la eventual acción de indemnización de daños y perjuicios. De ahí un sector de nuestra doctrina entiende que la mora

²⁹ URÍA, R./MENÉNDEZ, A./VERGEZ, M., en URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Derecho mercantil*, II 2º ed., Madrid 2007, pág. 48.; BROSETA PONT, M./MARTINEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, II, cit., pág. 36. En este sentido se afirma que la idea de crédito no solo se refiere al diferimiento en el cumplimiento de las obligaciones, sino también al hecho de en determinados tráfico económico profesional, especialmente los de tipo especulativo, es habitual que los agentes actúan en descubierto, es decir vendiendo mercancía que todavía no tienen en su poder CUESTA RUTE, J.Mª., /VALPUERTA GASTAMIZA, E., , pág. 32; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Derecho mercantil de obligaciones. Parte general*, pág. 104.

³⁰ LANGLE RUBIO, III, pág. 12 tomado de GARCÍA PITA, pág. 105.

³¹ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, pág. 375.

³² En este sentido también BROSETA PONT, M./MARTINEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, II, cit., pág. 36.

no es una forma de incumplimiento sino la consecuencia de un incumplimiento. Nosotros preferimos decir que la mora es un cumplimiento tardío de una obligación mercantil.

La mora en el ámbito civil requiere la concurrencia de 4 requisitos

- a) Vencimiento de la obligación.
- b) Retraso o falta de cumplimiento.
- c) Imputabilidad del mismo al deudor.
- d) Interpelación al deudor por parte del acreedor.

La especialidad mercantil en relación con la mora deriva de que dado el carácter esencial con el que se configura los plazos o términos para el cumplimiento de las obligaciones mercantiles (art. 61 C de c.), el deudor se constituye en mora desde que vencido el plazo no se cumple la obligación, sin necesidad ningún tipo de interpelación, judicial o extrajudicial al deudor ni de demostrar la imputabilidad al deudor (art. 63 1º C de c.), como se exige en el art. 1100 CC.

En nuestro ordenamiento la cuestión se ha complicado por el contenido del segundo apartado del art. 63 C de c. que dispone que los efectos de la morosidad comenzarán en los contratos que no tengan señalado plazo para su cumplimiento «*desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicio hecha ante un Juez, Notario u otro oficial autorizado para admitirla*». De ese contenido algunos autores han derivado que la especialidad mercantil se concreta en el hecho de excluir la interpelación extrajudicial, mientras que, alguna Jurisprudencia aislada, como la STS de 30 de octubre de 2006, llega a decir que el art. 1100 CC y el 63 C. de c. coinciden «*en cuanto al comienzo de los efectos de la morosidad desde la reclamación judicial*», por lo que para esta jurisprudencia en realidad no nos encontraríamos ante una especialidad mercantil.

No obstante esto, no se puede decir que esa sea o haya sido la doctrina jurisprudencial mayoritaria. Desde siempre ha habido una constante doctrina científica y jurisprudencial que ha sostenido que los efectos de la morosidad en el ámbito mercantil comienzan desde que se incumple la obligación, al margen pues de que el incumplimiento sea imputable al deudor y de que se realice ningún tipo de interpelación judicial o extrajudicial [SSTS de 2 de julio de 1992 ;18 de junio de 1982; 16 de junio de 1982; 8 de mayo de 1980; 3 de noviembre de 1979] .

Tras la promulgación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, no se puede dudar que en el ámbito de la contratación mercantil, el obligado al pago de una deuda dineraria se constituye en mora automáticamente por el mero incumplimiento dentro del plazo estipulado (art. 5 Ley 3/2004) ya que dicho precepto se aplica a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas (art. 3 Ley 3 /2004). Ya antes de la promulgación de esta norma, el art.59 de CCIM había dispuesto que el deudor deberá pagar «*sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad*». En este sentido conviene recordar que el propio art. 1100 CC establece tres supuestos en los que no es necesaria la interpelación:

- (i) Cuando la obligación o la Ley así lo declaren expresamente.
- (ii) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio. Fue motivo determinante para establecer la obligación.

- (iii) En el caso de la obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora del otro.

Ahora bien, tanto en el ámbito civil como en el mercantil debe tenerse en cuenta que no es suficiente con que se produzca el vencimiento sino que los tribunales con bune criterio, suelen aplicar la regla de *"in illiquidis no fit mora"*, es decir no se incurre en mora si, para determinar el importe de la cantidad adeudada, fuera preciso incoar un nuevo procedimiento (vid. SSTs de 30 de marzo de 1981 y 26 de junio de 1984) .

4. Prescripción de las obligaciones mercantiles.

En materia de prescripción de las obligaciones mercantiles la cuestión se ha centrado en determinar si la interpelación extrajudicial interrumpe o no la prescripción toda vez que el art.944 del C de c. no hace referencia a dicha posibilidad, al contrario de lo que sucede con el art. 1973 CC.

A la vista de la doctrina que el TS ha mantenido desde su sentencia de 4 de diciembre de 1995, no parece que en la práctica se puede hablar más de una especialidad mercantil en esta materia. Efectivamente en la referida STS de 4 de diciembre de 1995, se puede leer:

«Suele decirse..... que el artículo 944 del Código de Comercio presenta una «especialidad» mercantil, frente al artículo 1973 del Código Civil, en la medida en que, frente a las causas de interrupción de la prescripción que este último precepto contiene (acción ante los Tribunales, reclamación extrajudicial y reconocimiento), el artículo 944 del Código de Comercio sólo menciona la interpelación judicial, el reconocimiento y la renovación del documento contractual, excluyendo, parece que deliberadamente, y en esto consistiría la «especialidad», la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción. Por el contrario, existen poderosas razones para concluir que nuestro ordenamiento permite, en todo caso, en el tráfico civil o en el mercantil, la interrupción de la prescripción por efecto de la reclamación extrajudicial.

Entre esas razones se señalan las siguientes:

a) La reclamación extrajudicial se introduce como medio de extender las posibilidades del acreditamiento del "animus conservandi" frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal "derelictio" de los derechos.

b) El art. 944 C de c. se considera incorporado al art. 1973 CC que es de posterior promulgación.

c) No aplicación del principio de que ley general no deroga a ley especial, por la ausencia misma de justificación de la norma especial (art. 944 C de c.) y la presencia de otras normas como los arts. 50, 57 y 59 C de c. que informan en ese sentido.

d) Vulneración del principio de igualdad ante la Ley si se mantiene una distinta aplicación de normas que «no resultan fundadas».

e) Finalmente, la propia evolución de la moderna legislación mercantil ha puesto de manifiesto la unidad de tratamiento cuando en el art. 89 de la Ley Cambiaria del Cheque en materia de interrupción de la prescripción se remite expresamente al art.1973 CC y no al 944 del C de c. Con respecto a esta última razón expresamente se dice que «La extrapolación a todo el ámbito mercantil, por las razones que se vienen exponiendo, resulta imprescindible, dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial, como instrumento en muchas ocasiones del pago del precio o de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles, situación que contribuye a afianzar la tesis unitaria de la interrupción» [STS de 4 de diciembre de 1995].

Esta doctrina se ha reiterado posteriormente en las SSTs de 30 de diciembre de 2006; 31 de marzo de 2001 ; 21 de marzo de 2000 ; 31 de diciembre de 1998 .

5. La cuestión de la solidaridad como forma de cumplimiento de las obligaciones mercantiles.

A diferencia de otros ordenamientos (Italia, por ejemplo), en el nuestro no hay ninguna norma especial mercantil que desplace la regla de la mancomunidad como forma de cumplimiento de las obligaciones en los supuestos de pluralidad de deudores. Por tanto, a falta de disposición legal o convencional rige el art. 1137 CC en virtud del cual *«la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma».*

No obstante, lo cierto es que son numerosas las disposiciones jurídico- mercantiles que para supuestos concretos establecen la regla de la solidaridad como forma de cumplimiento. A beneficio de inventario, cabe referirse al art. 148 C de c. en relación con los socios de una sociedad colectiva; art. 36 LSC para los socios fundadores de una SA o SRL; art.57 LCCH en relación con los libradores, aceptantes, endosante o avalistas de la letra de cambio; art. 34 LCS para el adquirente y el antiguo titular del objeto asegurado por el pago de las primas del seguro; etc..

Esta proliferación de supuestos no permite, a través de la analogía *iuris*, extender la regla de la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles. Cuestión distinta es que, a falta de previsión contractual, los tribunales puedan deducir de las circunstancias concretas del caso que la voluntad de las partes era la constitución de una obligación solidaria. En este sentido la STS de 12 de mayo de 1987 estableció:

«aun cuando evidente es que la solidaridad constituye una norma drástica y exigente que requiere una manifestación expresa, ello no impide que su apreciación exija ineludiblemente una constatación escrita cuando las características de la obligación permitan deducir la voluntad de los interesados de crear una obligación generadora de esa responsabilidad solidaria, especialmente, cuando como aquí ha acontecido, del contexto del contrato celebrado por los tres demandados y de su comportamiento en orden a la obligación cuyo pago se les reclama aparece la voluntad de pagar íntegramente lo debido, y todo ello sin perjuicio, claro es, de que

quien satisfaga el importe de la deuda pueda repetir reclamándolo de los restantes deudores solidarios».

Una corriente jurisprudencial ha profundizado en esta línea y considera que la solidaridad es la regla en el ámbito del Derecho mercantil ya que se entiende que *«la rígida norma del art. 1137 CC ha sido objeto de una interpretación correctora»* por parte del TS muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado de conjunto (STS de 27 de julio de 2000, RJ 2000/ 9179; y 19 de abril de 2001, RJ 2001/ 6884), lo que por otra parte se entiende que está de acuerdo con el acervo comercial de la Unión Europea en la que el art. 10.102 de los Principios de Derecho europeo de los contratos recoge el principio de solidaridad cuando haya varios deudores obligados (STS de 27 de octubre de 1999, RJ 1999/7627) y STS de 31 de octubre de 2005, RJ 2005/7351). En un sentido similar el art.11.1.2. de los UPICC 2016 se parte también de la solidaridad.

V. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE CONTRATOS.

1. Principio de libertad de forma.

El Derecho privado español parte del principio espiritualista de que para la validez de los contratos no es necesaria una determinada forma. Así se consagra con carácter general en el art. 1278 CC y, para el ámbito mercantil en el art 51 C de c dónde se establece que *«[s]erán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto.....»*.

No obstante esto, lo cierto es que ni siquiera en las codificaciones del XIX se abandonó completamente el principio formalista y se mantuvo hasta nuestros días para algunos tipos contractuales, como se refleja en el art. 1280 CC, en el que se enumera una serie de contratos que necesariamente deberán constar, en ese caso, en documento público, lo que parcialmente se justificaba porque se trataba de negocios jurídicos de los que cabría derivar consecuencias jurídicas de especial gravedad.

En el ámbito jurídico mercantil, dejando aparte el supuesto de los contratos entre empresario y consumidores nos encontramos también con diversos preceptos que exigen una determinada forma para la plena eficacia de algunos negocios jurídico mercantiles: contrato de fianzamiento (art. 440 C de c); contrato de compraventa de buque (art. 573 C de c); contrato de préstamo a la gruesa art. 720 C de c.); contrato de seguro marítimo (art.737 C de c.); contrato de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (art. 16 de la Ley de 5 de diciembre de 1951 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento); contrato de seguro Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro; negocios jurídico de constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada (art. 11 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y art. 7 Ley de Sociedades Anónimas).

La principal cuestión que plantea la exigencia de una concreta forma en esos preceptos es la determinación de las consecuencias jurídicas que acarrea su incumplimiento ya que el art. 1279 CC establece que *«si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez»*. Por tanto, con carácter general no se puede decir que la falta de forma implique la nulidad del contrato, sino solo

una eficacia relativa en la medida en que las partes pueden compelerse a cubrir dicha forma³³. La cuestión será, por tanto, determinar en cada caso qué eficacia atribuye el CC y el C de c. a la forma. En otros términos, se trata de ubicar la exigencia forma dentro de alguna de las categorías de formalidades que se distinguen doctrinalmente. A saber³⁴:

- *Ad substantiam* o valor constitutivo, cuando la forma se configura como elemento esencial del negocio, de tal manera que habiéndose celebrado el contrato con las formalidades exigidas, el negocio es totalmente válido sin que sea preciso que concorra ningún otro elemento.
- *Ad solemnitatem* o valor integrativo, aquellos casos en que la forma es un requisito esencial del negocio, si bien para la validez de éste han de concurrir igualmente los demás requisitos exigidos por la ley, pues de otro modo el negocio es nulo.
- Valor de publicidad que implica su eficacia general o respecto de terceros.
- Mayor valor relativo o respecto de los negocios carentes de solemnidad (ejemplo la clasificación de créditos).
- *Ad probationem* o valor probatorio o, que se puede manifestar positivamente (la forma es el único medio de probar su existencia) o de forma negativa (excluyendo los demás)

Compartimos la opinión de aquel sector de nuestra doctrina que considera que en nuestro ordenamiento sólo para algunos casos concretos juega la forma *ad solemnitatem*, mientras que la *ad probationem* sencillamente no existe en nuestro ordenamiento porque la existencia de los contratos se puede probar por cualquiera de los medios admitidos en derecho³⁵. El incumplimiento de la forma de los arts.1279 y 1280 CC solo tiene como consecuencia el surgimiento para las partes de la facultad de exigirse recíprocamente el otorgamiento del documento público. En otros términos, nuestro CC en los arts.1279 y 1280 CC acoge la forma *ad utilitatem o ad legitimationem*.

Los casos concretos que en el ámbito mercantil se detecta la exigencia de forma con carácter *ad solemnitatem* o integrativo son los supuestos de negocios jurídicos de atribución patrimonial a título gratuito, como puede ser el afianzamiento del art. 440 C de c.³⁶; el negocio jurídico constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada (art. 20 LSC); el libramiento de una letra de cambio cheque o pagaré (art.1 LCCH). En los demás casos que señalábamos anteriormente la opinión dominante se inclina por considerar que la forma se exige en los términos del art. 1279 CC, no afectando, por tanto, a la validez del mismo y pudiendo las partes compelerse a cubrir la forma en un momento posterior a la perfección del contrato.

Finalmente, es necesario hacer una serie de consideraciones al supuesto en el que las declaraciones de voluntad se emitan a través de medios electrónicos. La cuestión no es su validez, toda vez que el principio de libertad de forma consagrado en el art. 51 C de c.

³³ REGLERO CAMPOS, F., «Artículos 1278 y 1279» en ALBADALEJO, M.,/ DIAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII vº 1-B, Madrid 1993, pág.670 y ss.

³⁴ DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Reimpresión 1991, pág. 278.

³⁵ REGLERO CAMPOS, F., «Artículos 1278 y 1279», cit., pág. 675 y ss. .

³⁶ REGLERO CAMPOS, F., «Artículos 1278 y 1279», cit., pág.727.

avalaría su licitud, sin necesidad de que expresamente el art. 23 LSSICE haya tenido que establecer que los contratos *«celebrados por vía electrónica producirá todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez»*.

El problema en esta materia es si el requisito de forma escrita, exigida para algunos contratos como el de fianzamiento mercantil art. 440 C de c.), se puede considerar cumplido cuando el contrato conste en un documento electrónico. La regla de equivalencia funcional entre forma escrita y forma electrónica viene recogida en el art. 23.3 LSSICE, en el que se puede leer: *«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»*.

Por tanto la cuestión clave para determinar la aplicación de la regla de la equivalencia se centra en el concepto de "soporte electrónico". En un primer estadio legislativo el art. 27.4 LSSI estableció que la exigencia de forma escrita se sustituye por la electrónica si las condiciones contractuales se ponen a disposición *«de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario»*. Posteriormente, el art. 6 de la Ley de comercialización a distancia de productos financieros destinados a consumidores completó esa definición estableciendo que por soporte duradero *«se entiende todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un periodo de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada»*.

Finalmente, tras la reforma operada en el TRLGDCU por la Ley 3/2014, su nuevo art.59bis.1 f) define el soporte duradero como *«todo instrumento que permita al consumidor y usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS»*.

Por tanto, en el ámbito de la contratación electrónica, tanto con consumidores como con no consumidores, para que el documento electrónico cumpla su función de equivalencia con la forma escrita es preciso que permita al destinatario almacenar por sí mismo y reproducir el contenido del contrato sin que se haya producido ningún cambio. Como se señala en la última norma citada cumplirían con estas exigencias, por ejemplo, el envío de un correo electrónico en el que se adjunte un archivo con el contenido del contrato o la remisión del contenido contractual en un disquete o CD. No serviría, sin embargo, el enlace a una página Web donde se puede consultar el contenido del contrato. En este sentido en el considerando 20 de la Directiva 2002/65/CE se dice expresamente que *«a menos que responda a los criterios de la definición de soportes duraderos, una dirección internet no constituye un soporte duradero»*.

2. Pena convencional.

El art. 56 C de c. establece que cuando en un contrato mercantil *«se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario»*. La justificación primaria de este tipo de

convenciones se encontraba en las exigencias propias del tráfico mercantil ya que al anticipar el quantum indemnizatorio facilita los procedimientos judiciales en caso de incumplimiento por alguna de las partes. Sin embargo, como otros recursos jurídico- mercantiles, su funcionalidad se ha extendido, vía art. 1152 CC, a otros ámbitos de la contratación, por lo que nos encontramos, otra vez, con una especialidad mercantil absolutamente superada por la práctica contractual.

El CC contiene una regulación más detallada que la contenida en el C. de c., la cual debe considerarse aplicable a los contratos mercantiles en virtud del sistema de fuentes que establece el art. 51 C. de c. De ese régimen jurídico se deducen las siguientes características de la cláusula penal: a) su funcionalidad es anticipadora de la indemnización de daños y perjuicios.

3. ¿Especialidades en materia de interpretación contractual?

Las eventuales especialidades mercantiles se encuentran en dos preceptos: los arts. 57 y 59 C. de c. El primero de esos preceptos establece que los *“contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias, el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”*.

La doctrina mercantil española más tradicional entendía que el art. 57 el C. de c. era exponente de una interpretación objetiva *“que mira el contrato como un ente separado de los contratantes, que hay que interpretar dentro de las circunstancias sociales en las que se engendró”*³⁷. En este mismo sentido, autores más modernos afirman que en materia mercantil se debe huir de interpretaciones que, aun siendo aparentemente lógicas, conduzcan a resultados contrarios a las exigencias y necesidades del propio comercio³⁸. En alguna jurisprudencia menor nos encontramos con la idea de esta eventual especialidad del Derecho Mercantil frente al Derecho Civil o común. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de marzo de 2009 se puede leer que el art. 57 C. de c. *«por su especialidad es preferente a las normas comunes»*, si bien en la propia sentencia se reconoce que la aplicación de las normas civiles en materia de interpretación de contratos hubiera llevado a la misma conclusión.

Esta concepción de las especialidades mercantiles en materia de interpretación de contratos son fruto de aquellas otras concepciones doctrinales que vimos anteriormente y que entienden que en las obligaciones mercantiles predomina el aspecto objetivo de la obligación y su modalidad económica, sobre el subjetivo. En este sentido, la doctrina más clásica entendía que lo que caracterizaba a las obligaciones mercantiles frente a las civiles era la nota de la objetividad o impersonalidad, en el sentido de que el vínculo no es entre personas, sino entre patrimonios *“cuyos titulares pueden cambiar indefinidamente sin que por ello sufra la estructura de la obligación”*³⁹. Más recientemente se afirma que *“más que la persona del deudor, lo que interesa al acreedor es la seguridad de obtener la prestación”*⁴⁰.

³⁷ GARRIGUES DÍAZ -CAÑABATE, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, III, Madrid 1964, pág.84.

³⁸ URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y VÉRGEZ, Mercedes., en AAVV *Derecho Mercantil*, Thomson-Civitas, 2ª ed., pág. 44.

³⁹ GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*, III, cit., pág. 7-8.

⁴⁰ GÓMEZ CALERO, Juan, en AAVV *Derecho mercantil*, II, Barcelona 1997, pág. 205.

Sin embargo, ya hemos señalado, que este tipo de interpretaciones están superadas en la moderna práctica mercantil. De ahí que no creamos que en materia de interpretación de los contratos mercantiles el art. 57 C. de c. tenga un contenido diverso al previsto en los arts. 1281 y ss. del CC⁴¹. El precepto mercantil no hace otra cosa que recoger los mismos principios que informan la tarea interpretativa en el ámbito del Derecho común. Así, se parte también del principio de la voluntad o búsqueda de la voluntad real de los contratantes (*spectanda est voluntas*)⁴², (art.1281 CC) que en el art. 57 C. de c. se materializa cuando manda interpretar los contratos «del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad»; el principio de buena fe que comprende, a su vez los principios de autorresponsabilidad y confianza o *fides* del declaratario, aparece referido expresamente en el propio art. 57 C. de c., en el que además se dice que los contratos mercantiles se ejecutarán “sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias”; y, en fin, el principio de conservación de los contratos también se hace expreso en el art. 57 C. de c. cuando establece que los contratos mercantiles se interpretarán “sin restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

La otra pretendida especialidad del Derecho Mercantil en materia de interpretación de los contratos, la encontramos en el art. 59 C. de c. que establece que “si se originasen dudas que puedan resolverse con arreglo a los establecido en el artículo 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor”. Criterio que ciertamente contrasta con el adoptado en el art. 1289 CC que para el mismo supuesto establece la regla de la menor transmisión de derechos e intereses, si el contrato fuese gratuito, y la regla de la mayor reciprocidad de intereses si el contrato fuese oneroso.

Ahora bien, como se apunta por sectores de la doctrina española, lo cierto es que en el actual marco de relaciones entre el C. de c. y el CC, el art. 59 C. de c. ha perdido prácticamente toda su funcionalidad ya que su aplicación es imposible. Efectivamente, el art. 59 C. de c. establece que para la resolución de las controversias que no ha sido posible solucionar por aplicación de las normas del C. de c. hay que acudir a los usos de comercio y al Derecho Civil (art. 2 C. de c.), pero resulta que entre las normas del Derecho común actual se encuentra precisamente, el art. 1289 CC que, configurado al igual que el art. 59 C. de c., como una cláusula de cierre del sistema de interpretación previsto en el CC, dispone la aplicación de las reglas de menor transmisión de derechos e intereses (contratos gratuitos) y la de la mayor reciprocidad de intereses (contratos onerosos). Por tanto, la aplicación de la remisión del art. 59 C. de c. impide la aplicación de la supuesta especialidad mercantil del denominado *favor debitoris*⁴³. Esta contradicción normativa entre los Códigos de Derecho privado español solo puede entenderse por el hecho ya referido de que en España la Codificación mercantil precedió a la Codificación civil. Por tanto, el art. 59 C. de c. tenía pleno sentido en un estado legislativo en el que las fuentes del Derecho común no presentaban el grado de claridad del que las dotó su posterior codificación.

⁴¹ En este sentido también VICENT CHULÍA, Francisco, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., Barcelona1990, pág. 39-40.

⁴² JORDANO BAREA, Juan B., en AAVV *Comentario del Código Civil*, II, cit., pág. 509; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, pág. 498 .

⁴³ Así MOTOS GUIRAO, M., «La interpretación del contrato mercantil y el art.59 del Código de Comercio» en *RJC*, 1955, pág. 34; SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil* , II, 30ª ed., Madrid, 2007, pág. 184 considera la norma como innecesaria; BROSETA PONT, M./ MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, II, 15ª ed., Madrid 2008, pág. 49; GÓMEZ CALERO, J., en AAVV *Derecho Mercantil*, II, cit., pág. 235; GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho mercantil de obligaciones. Parte General*, Marcial Pons, 2003, pág. 511.

En cualquier caso, lo cierto es que en la moderna doctrina se pone en cuestión la propia virtualidad del principio del *favor debitoris* como especialidad mercantil. Así, en primer lugar, se apuntan problemas de aplicación, ya que en los contratos con prestaciones recíprocas no siempre será fácil determinar quién es la parte deudora y , en segundo lugar, se destaca que se trata de una regla que va contra el principio del justo equilibrio de las prestaciones como uno de los principios informadores del Derecho de los contratos⁴⁴, lo que puede conducir a resultados con déficit de justicia material, cuando la parte deudora sea la parte fuerte del contrato, como sucede por ejemplo en muchos supuestos de la contratación bancaria o de la gran distribución comercial⁴⁵, además de que en determinados casos puede chocar contra preceptos especiales como los contenidos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁴⁶. No obstante, la aplicación del principio de *favor debitoris* en la práctica jurisprudencial española ha sido escasísima, utilizándose el art. 59 C. de c. como vía para la aplicación de los usos comerciales como norma de integración de los contratos mercantiles, como sucedió en el caso que resolvió la STS de 30 de marzo de 1994.

VI. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES.

Ver presentación de clase y explicaciones de clase.

VII. ESPECIALIDADES QUE LA NORMATIVA GENERAL INTRODUCE EN LOS CONTRATOS MERCANTILES POR LA FORMA DE CELEBRACIÓN: CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.

Ver Manual de referencia 1 Capítulo 26 IV página 50 a 59.

VIII. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

Ver presentación de clase.

⁴⁴ GÓMEZ CALERO, J. en AAV *Derecho Mercantil*, II, cit., pág. 235.

⁴⁵ VICENT CHULÍA, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, II, cit., pág.40-41 alude a las “ciertas aprensiones” que el *favor debitoris* ha despertado desde siempre en la doctrina mercantil española.

⁴⁶ Sobre esta Ley vid. PERALES VISCASILLAS, M^a. P., *La morosidad en la operaciones comerciales entre empresas*, Madrid, 2006, *passim*.