



Tema 1. Fundamentos del Derecho

Fundamentos de Derecho Mercantil (Universidad Pontificia Comillas)

TEMA 1. LAS FUENTES DEL DERECHO

El termino derecho procede del latín Directum, cuyo sentido es encaminar o conducir. El Derecho representa por tanto un conjunto de reglas de comportamiento social cuya función es ordenar la convivencia social, dirigiéndola, organizándola y previendo la resolución de conflictos entre las personas, o sujetos de derecho, en la realización de un ideal de justicia.

Se establece una vinculación con la función del director, quien conduce el destino de una empresa hacia un objetivo, que ha de respetar las normas de convivencia, es decir, el Derecho.

El interés general de la empresa se organiza en torno a tres conceptos esenciales que son en sí los fines del derecho, se trata de Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común.

1.2. Derecho y justicia, la seguridad jurídica

El Derecho se refiere al conjunto de normas que organizan la sociedad, mientras que la Justicia es un ideal a alcanzar, un fin social. El Derecho es un medio para alcanzar ese fin superior que es la Justicia. Comparte este fin con la Ética y la Moral, si bien se diferencia en la capacidad de obligar al cumplimiento de las normas que componen el Derecho.

Ni la Ética, ni la Moral ni el Derecho tienen la capacidad de impedir la realización de actos injusto, tan solo pueden dar consecuencias a estos actos. El Derecho no puede impedir lo actos de las personas, pero impone a los actos desviados unas consecuencias inmediatamente exigibles.

El Derecho integra por lo tanto un sistema específico de resolución de conflictos, capaz de imponer a los individuos tanto sus normas como las consecuencias del incumplimiento. Determina los limites de nuestros actos y a la vez nos protege de la extralimitación de los terceros, por eso decimos que nuestros derechos acaban donde comienzan los de los demás, y viceversa.

Llamamos seguridad jurídica al principio según el cual todos podemos recurrir al auxilio de los tribunales para obtener la aplicación de la norma, pero a la vez podemos y debemos conocer de antemano la norma para que esta nos sea exigible. A través de la seguridad jurídica obtenemos la certeza de que si nuestro comportamiento se ajusta a Derecho no podremos ser obligados a actuar de otra forma, y al mismo tiempo podremos exigir que los terceros respeten nuestros actos e intereses, sin que nadie sea exigible ni tampoco deba soportar un comportamiento no amparado por la norma.

Junto a la idea de Justicia y Seguridad Jurídica aparece el concepto de bien común como entidad superior al interés particular que debe someterse al primero. Así el Derecho procurará ante todo el recto funcionamiento de las instituciones y comportamiento de las personas en aras de la realización de un bien superior a los objetivos e intereses individuales, pero a la vez con respeto a éstos y sin sacrificarlos arbitrariamente, riesgo del que nos protege la seguridad jurídica.

1.3. Derecho objetivo y derecho subjetivo

EL Derecho Objetivo es el conjunto de normas que regulan el comportamiento social, y es equivalente al Ordenamiento Jurídico, si bien en esta debemos reconocer un matiz superior, de orden sistemático y organizativo.

La palabra derecho, sin mayúscula, es cualquier facultad que la Ley concede a la persona. Utilizamos la expresión en este caso en el sentido de derecho subjetivo, y cuando decimos “tengo derecho a...” estamos diciendo que nuestro comportamiento

esta amparado por la norma y que en consecuencia podemos exigir que sea respetado por los terceros.

El Derecho Objetivo es pues el conjunto de normas que regulan la actividad de las personas dentro de un grupo social, los derechos subjetivos son las facultades que esas normas atribuyen a las personas en su actuación frente a los demás.

1.4. Derecho natural y derecho positivo

El pensamiento lusnaturalista defiende la existencia de un Derecho Natural, inmanente al ser humano y que se ve directamente reflejado en la idea de Justicia, que se supone común y compartido por toda la Humanidad. De este sentido general de lo justo y lo injusto procederían las normas de lo que hoy llamamos Derecho.

En el frente opuesto esta la tesis luspositivista, según la cual el único Derecho existente es el procedente de la autoridad social, sin lugar a consideraciones sobre si la norma es o no justa.

Como superación del enfrentamiento nace la tesis de la escuela histórica del Derecho, para ésta el Derecho es fruto de la decantación y depuración de la costumbre de cada grupo social, es una creación de la comunidad. El Derecho surge pues del cuerpo social, se trata de una manifestación social que el Estado recoge, ordena y organiza, devolviéndola a la comunidad en forma de leyes y normas de carácter jurídico.

1.5. Disciplinas jurídicas

Dentro del Derecho Objetivo cabe distinguir diferentes clases de Derecho. Así hablamos en general de Derecho Público y Derecho Privado, que comprenden el conjunto de normas que regulan la organización y funcionamiento del estado y las relaciones entre este y los individuos (Derecho Público) o exclusivamente las relaciones entre los particulares en plano de igualdad, Derecho Privado.

A su vez, el Derecho Público se divide en:

- **Derecho Constitucional o Político:** versa sobre la organización y estructura del estado, las instituciones de gobierno y representación, el ejercicio y límites de sus poderes frente al ciudadano y los derechos de éste que se consideran como fundamentales.
- **Derecho Administrativo:** atiende al orden de la actuación de la Administración Pública, y a las relaciones entre esta y los ciudadanos.
- **Derecho Financiero y Tributario o Fiscal:** establece las necesidades económicas del estado, los recursos a su disposición y la aportación de los particulares, mediante impuestos y tributos, al erario público, que habrá de atender con los fondos reunidos las necesidades para el desarrollo de la sociedad.
- **Derecho Penal:** se ocupa de la protección de los derechos de los ciudadanos ante las conductas desviadas que lesionan los bienes jurídicos protegidos, tales como la vida y la integridad física, el patrimonio, el buen orden social y la propia seguridad jurídica. Tiene encomendada específicamente la corrección de las conductas desviadas, tanto desde el punto de vista meramente punitivo, castigándolas, como preventivo mediante la reinserción del delincuente.
- **Derecho Procesal:** regula los procedimientos judiciales, es decir la facultad del ciudadano de acudir a los Tribunales en defensa de sus intereses, el desarrollo de los diferentes procedimientos en materia civil, penal, laboral y contencioso-administrativa, las garantías, ritos y secuencia de cada tipo de proceso.

A su vez, podemos distinguir dentro de estas diferentes modalidades, según el tipo de procesos que regulen, hablamos de Derecho Procesal Civil y Penal o Criminal, y también de Procedimiento Laboral y Administrativo.

Por su parte, dentro del Derecho Privado distinguimos Derecho Civil y Derecho Mercantil. El Derecho Civil se ocupa de las personas y las relaciones de estas entre sí, tanto personales y familiares como económicas y del destino de estas mediante la sucesión testamentaria o no.

El Derecho Mercantil regula la actividad empresarial, tanto desde el ejercicio individual como colectivo, a través de los diferentes tipos de sociedades mercantiles que tipifica, ordena y regula. Igualmente ordena el funcionamiento de los mercados, la competencia leal entre las empresas, y procura la protección de los consumidores.

El Derecho Laboral queda a caballo entre el público y el privado, pues aunque regula el desarrollo de las relaciones entre empresas y trabajadores, inicialmente de carácter privado, lo hace desde un concepto de protección de los derechos de los trabajadores que se aproxima más al concepto de derecho público.

2. LA NORMA JURIDICA

2.1. Concepto y caracteres

Entendemos por norma jurídica el mandato abstracto y general que plantea una hipótesis de conducta y establece una concreta consecuencia de ésta, coordinando el supuesto hecho con su correspondiente consecuencia jurídica. Ha de reunir tres características esenciales:

- General: aplicable sin excepción personal alguna a todo el cuerpo social sobre el que rige y al que regula y organiza.
- Abstracta: independiente de otras consecuencias que puedan ocurrir.
- Imperativa: contiene un mandato expreso, una consecuencia exacta y determinada de la conducta, de manera que la consecuencia de la hipótesis se traduzca en un resultado jurídicamente inevitable.
- Coercitiva: susceptible de ser impuesta coactivamente sobre cualquier persona incurso en supuesto de hecho al que la norma se aplica.

Debe establecerse la distinción entre la norma, el mandato jurídico, y la disposición, que es su vehículo o signo de expresión, término bajo el cual se engloban diferentes categorías formales que en general denominamos leyes. Las normas jurídicas se recogen, reúnen y organizan en leyes cuyo conjunto compone el Ordenamiento Jurídico. Podemos definir el Ordenamiento Jurídico como el conjunto de normas aplicables en un determinado momento y lugar.

Es decir que el Ordenamiento Jurídico está regido y limitado por tres circunstancias concretas:

- Estatalidad: las leyes emanan y se aplican sobre un cuerpo social, el Estado entendido como un conjunto de personas e instituciones que organizan su vida en común precisamente a través del Ordenamiento Jurídico.
- Territorialidad: las leyes han de aplicarse en un territorio concreto, de manera que a todos los supuestos de hecho producidos en ese territorio habrán de aplicarse las normas de su ordenamiento propio.
- Temporalidad o vigencia: la norma aplicable vendrá determinada por el momento temporal de su aplicación, es decir que no podrá aplicarse a los supuestos de hecho otras normas que no sean las vigentes.

2.2. Clases de normas

Se establecen dos tipos de normas: normas de Derecho Público y de Derecho Privado, según si las aludidas regulan las relaciones del Estado con los particulares o bien de los particulares entre sí.

Igualmente distinguimos entre normas imperativas o de derecho necesario y normas dispositivas o de derecho voluntario. Son imperativas las que imponen un mandato ineludible por la voluntad individual o el acuerdo entre las partes, y a su vez entre ellas podemos diferenciar las prohibitivas de las perceptoras. Las dispositivas son el reflejo del principio de autonomía de la voluntad individual, no pretenden imponer su aplicación a la voluntad privada.

Denominamos normas rígidas a aquellas cuyo contenido es invariable, concreto y determinado, sin que su aplicación dependa de interpretación, opinión o matización atendiendo a las circunstancias del supuesto. Se denominan normas flexibles o elásticas a las que permiten la adaptación a las circunstancias.

Son normas de Derecho General las que se aplican a todo el cuerpo social en igualdad de condiciones, son de Derecho Especial las que solo proceden en su aplicación a personas, cosas o relaciones jurídicas concretas y predeterminadas.

Existen normas de Derecho Excepcional, que prevén la suspensión de las garantías y principios generales del sistema jurídico cuando las circunstancias lo hagan preciso, casos de guerras, catástrofes, epidemias o riesgos generales para la población. Se emplean cuando se declara estado de guerra, sitio o excepción.

2.3. Eficacia y aplicación

2.3.1. Principios de ordenamiento jurídico

Los principios de integración de las normas en el sistema son los de jerarquía, vigencia o temporalidad y especialidad:

- **Especialidad:** determina que en caso de conflicto entre normas generales y especiales se resolverá siempre aplicando la norma especial, que prevalece sobre la norma general por su mejor adecuación al supuesto por el que se creó.
- **Jerarquía:** establece que prevalecerá la norma de rango formal superior sobre la de rango formal inferior.
- **Temporalidad:** es aplicable a cada supuesto la ley existente en el momento en que se produce, y en cada momento la ley más reciente sobre la más antigua.

2.3.2. Eficacia de la norma y límites de su ejercicio

El artículo 6.1 del código civil expresa que *la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*. La Ley ha de aplicarse pues siempre y todos le debemos respeto y obediencia.

El mismo artículo, regula el alcance máximo de la autonomía de la voluntad, al disponer que la renuncia voluntaria de la ley aplicable no será válida si se produce perjuicio a tercero o contraría el interés público. Igualmente, se declaran nulos los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas.

Para que se apruebe una ley debe ser **IRRETROACTIVA** de las disposiciones sancionadoras o no favorables de derechos individuales.

Las normas deben ser aplicadas en su recto sentido, es decir sin forzar su letra ni su espíritu para producir efectos contrarios a los previstos o aplicarlas más allá de lo que se considera justicia.

- **Fraude de ley:** acto realizado al amparo de una norma para obtener un resultado no previsto, prohibido por el ordenamiento o contrario a este. Exige el artículo 7 del código civil el ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe, y se considera abusa la extralimitación de la norma, su aplicación literal más allá de lo que se considera justo. Si se hace daño a un tercero, los tribunales procuraran paralizar la actuación abusiva y procederá a la indemnización del daño causado. Mi derecho se acaba cuando perjudica a otro.
- **Teoría del abuso del derecho y su ejercicio antisocial:** para que se aplique se exige la presencia de tres requisitos: actuación objetiva y externamente legal, ausencia de norma específica de protección del interés perjudicado por tal actuación y la inmoralidad o la antisocialidad de ese daño.

2.3.3. Vigencia y temporalidad

Para que se pueda exigir la obediencia de la ley, es preciso que pueda ser conocida con los particulares, es decir que la ley sea pública. la vigencia de norma se extiende desde su entrada en vigor hasta su derogación, que solo se produce por otra ley posterior.

La derogación de una ley podrá ser explícita o tácita, según si la nueva norma relaciona y especifica aquellas otras que deroga, o si se limita a regular una institución o supuesto. Será derogado tácitamente *todo aquello que, en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior*. Se prohíbe además la llamada reviviscencia, es decir que una vez derogada una ley no puede recobrar su vigencia.

El efecto temporal de la ley comienza desde su entrada en vigor, y no puede aplicarse a supuestos de hecho acaecidos antes de ese momento, es decir que no tendrá efecto retroactivo. Excepcionalmente, cabe la retroactividad si expresamente se dispone lo contrario.

2.3.4. Interpretación de las normas

El proceso de interpretación de una norma se rige por un orden estricto y jerarquizado de reglas:

- **Interpretación literal:** deberá leerse la norma atendiendo al sentido propio de sus palabras, sin forzar el significado de las mismas y contemplando los términos en su acepción jurídica.
- **Interpretación gramatical y sistemática:** se interpretarán los términos utilizados por la norma en relación con el contexto. Habrá de atribuirse a la expresión el significado más acorde con las normas gramaticales y sistemáticas que regulan el idioma.
- **Antecedentes históricos y legislativos:** es la llamada interpretación histórica, porque para entender y aplicar la norma es preciso tener en cuenta su origen y desarrollo.
- **Realidad social del tiempo:** el derecho se trata de una institución dinámica. Sin embargo, la norma es por definición estática, pues una vez redactada y establecida permanece inmutable. Por ello, se producen desajustes entre la regulación estática y la sociedad dinámica.
- Estas variaciones requieren un especial cuidado en la aplicación de las leyes, una adaptación constante de la norma a las circunstancias mediante la interpretación, que ha de realizarse atendiendo al espíritu y finalidad de las normas. Se trata de una **interpretación teleológica**.

2.3.5. Analogía y equidad

La adecuación de la norma a la situación requiere dos herramientas fundamentales: la analogía y la equidad.

La analogía nos permite proporcionar una solución legal para un supuesto no exactamente previsto en una norma concreta. Son necesarios tres requisitos para la interpretación analógica de las normas:

- **Existencia de una laguna legal:** un supuesto de hecho cuyo acaecimiento no está previsto en las leyes.
- Debe aparecer prevista en la ley la **solución** de otra **hipótesis** con la que pueda equipararse la laguna legal.
- Es necesario que exista **identidad de razón** entre las dos situaciones, lo que significa que no es suficiente una apariencia similar entre ambos supuestos.

La equidad consiste en medir la adecuación, de manera que se tengan en cuenta todas las circunstancias ocurrientes de las personas y los hechos.

3. FUENTES DE DERECHO POSITIVO

Mediante la expresión Fuentes del Derecho nos referimos al origen de las normas jurídicas que son aplicables en cada momento. Desde el punto de vista material el origen del Derecho es el propio Estado, que ha de crear las leyes a través de los órganos que tienen encomendada la redacción y aprobación de las normas (Poder Legislativo).

Las fuentes del Derecho Positivo español vienen enumeradas por el artículo 1.1. del CC, según el cual solo se pueden considerar fuentes de derecho aplicable la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Expresa un principio de jerarquía en su aplicación, de modo que al supuesto de hecho concreto se le deberá aplicar, en primer lugar, la ley en sentido amplio; en segundo lugar, y solo en ausencia de la ley aplicable, procederá la aplicación de la costumbre jurídica y finalmente, se deberá acudir a los principios generales del Derecho.

3.1. La Ley

El término Ley puede ser entendido en tres sentidos diferentes.

3.1.1. La Ley formal

Es una norma emanada del Estado, a través del poder legislativo o del ejecutivo, pues ambos tienen facultades para aprobarlas. En su sentido más estricto y formal, Ley es la norma emanada del poder legislativo habiendo cumplido todos los requisitos exigidos.

Son la primera fuente del Derecho en España, con alcance general para todos los ciudadanos. Se deben añadir, las leyes autonómicas, emanadas de los respectivos gobiernos y parlamentos de las comunidades autónomas en uso de las facultades transferidas por el Estado.

Deben también considerarse leyes de aplicación los Reglamentos de la Unión Europea.

3.1.2. Sistema normativo: organización jerárquica de las leyes

El Ordenamiento Jurídico español se estructura en forma jerárquica adoptando la forma geométrica de una pirámide, en cuya cumbre está la Constitución Española de 1978, norma fundamental de la estructura legal del Reino de España.

En el escalón inferior se encuentran las Leyes Orgánicas y por debajo de estas las Leyes Ordinarias, reservadas en su tramitación al poder legislativo. Con el mismo rango aparecen Los Decretos Legislativos y los Decretos-leyes.

Los decretos leyes los aprueba el Gobierno mientras que los decretos legislativos son de carácter urgente, aprobados por el Congreso (Ley de Base).

Las leyes orgánicas necesitan mayoría simple para que sean aprobadas. Las leyes ordinarias necesitan mayoría cualificada para que sean aprobadas

3.1.3. La Constitución Española de 1978

Fue aprobada en referéndum el 6 de diciembre de 1978, es la mas alta norma del estado y por lo tanto del Ordenamiento Jurídico español, a ella deben adaptarse todas las inferiores. Consta de 169 artículos, organizados en un Título Preliminar y Diez Títulos ordinarios, más cuatro Disposiciones Adicionales y nueve Transitorias. El contenido puede dividirse en dos partes, la primera pragmática y la segunda organizativa.

3.2. La Costumbre

La costumbre jurídica es la continuada repetición de actos con valor regulatorio de las relaciones internas en un grupo social, es el auténtico origen del Derecho.

Son cuatro los elementos que la ley exige de la costumbre para que sea considerada como fuente del derecho. En primer lugar, es necesario un elemento objetivo, la existencia de un uso social repetido y constante. En segundo lugar, elemento subjetivo, la convicción general de su carácter obligatorio e inevitable. El tercer elemento es el carácter moral y legal, es decir que no sea contraria a las convicciones éticas o morales. Por último, la costumbre debe ser aprobada por los Tribunales.

Existen tres tipos de costumbre por su relación con la ley. Distinguiremos la costumbre según la ley (aquella que sigue las normas escritas), costumbre contra ley (no es fuente del Derecho por incumplir la condición de no oponerse al orden público) y la costumbre ajena a la ley (ni está recogida en la norma escrita ni se opone a esta).

3.3. Los Principios Generales del Derecho

Son las ideas fundamentales que integran y conforman el Ordenamiento Jurídico. Son los que conforman nuestra propia valoración social de lo justo o lo injusto.

Los Principios se integran en el ordenamiento a través de la aplicación de la analogía y de la equidad, y también a través de su expresión mediante máximas, aforismos o refranes jurídicos.

Los Principios aparecen como fuente doble aun no siendo normas, ya que si conforman e inspiran el ordenamiento son fuentes a priori de éste en su redacción, y lo completan a posteriori para contribuir en su aplicación.

Se aplican cuando no hay ley ni costumbre. Tienen carácter informador (nos dicen que norma se debe usar), carácter de contribución al derecho y carácter subsidiario (cuando no hay ley que regula algo).

3.4. Jurisprudencia y Doctrina Científica

La jurisprudencia es el modo habitual de interpretación de las normas por los Tribunales, reflejado en las sentencias que dictan. Se trata de la opinión jurídica manifestada oficialmente por el Tribunal y reiterada a través de sus resoluciones.

Jurisprudencia es solo la opinión habitual del Tribunal cuya revisión no es revisable, casable o apelable. Es necesario que existan al menos dos sentencias confirmando un mismo criterio.

Tiene un valor orientativo de la norma, que puede ayudarnos a comprenderla e incluso a prever el sentido de la sentencia del Tribunal si analizamos las resoluciones previas. A diferencia de las leyes y la costumbre, no tiene fuerza coercitiva.

La Doctrina Científica es el análisis teórico de los tradistas, la opinión de los estudiosos del Derecho. Tiene valor formativo e informativo, puede contribuir a fundamentar la argumentación. Sin embargo, carece de carácter legal.

5. DERECHO COMUNITARIO

La integración de España en la Unión Europea se produjo el 1 de enero de 1986 fecha en la que entró a formar parte de la entonces llamada CEE, organización internacional nacida de la voluntad soberana de los países que la integran con el fin de establecer los fundamentos de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos.

Se denomina normas originarias a los sucesivos tratados internacionales que crearon originalmente y han venido posteriormente modelando jurídicamente los vínculos entre los países que conforman la UE.

La CEE fue fundada en Roma el 26 de marzo de 1957 por medio de un Tratado Internacional, después modificado por el Acta Única Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 1987 y que convirtió a la CEE en CE.

La actividad legislativa de la UE se articula en torno a cuatro diferentes tipos de normas:

- **Reglamentos:** es equiparable a una Ley nacional y de aplicación directa en los estados miembros. Tiene carácter obligatorio desde el momento de su entrada en vigor. No precisan adaptación en los estados miembros, sino que se incorporan directamente en sus ordenamientos.
- **Directivas:** vincula al estado o estados destinatarios, pero solo en cuanto al resultado final a conseguir, siendo éstos los que tienen competencia para establecer la forma y los medios de aplicarlos en sus respectivos países. Otorgan un plazo a los países para que adapten su legislación a las mismas, transcurrido el cual, serán de aplicación directa, sin perjuicio de la sanción que se pueda imponer por la demora.
- **Decisiones:** es un acto con destinatario específico a quien será de aplicación directa con efecto inmediato desde que se notifica a los destinatarios. Son pues normas particulares, de alcance limitado.
- **Dictámenes y Recomendaciones:** no son disposiciones vinculantes. Los primeros expresan una opinión sobre una determinada cuestión, y las segundas suelen ser invitaciones para adoptar una determinada conducta.