

El futuro Código Mercantil: entre la unidad de mercado y la seguridad jurídica

Desde el 7 de noviembre de 2006, la sección segunda de la Comisión General de Codificación ha dedicado siete años de estudios y trabajos para la redacción de una propuesta de Código Mercantil. El pasado 17 de junio, el presidente de la sección, el doctor Alberto Bercovitz, entregó la propuesta finalizada al ministro de Justicia, tras lo cual no solo ha sido objeto de su publicación, sino que además se abrió un periodo público de consultas, que finalizó el 15 de noviembre.

LORENZO PRATS ALBENTOSA. Catedrático de Derecho Civil

Durante este periodo se han recibido numerosas contribuciones y aportaciones, a cuyo estudio deberá proceder la sección segunda, de modo que, según ha sido manifestado por su presidente, a finales del mes de enero de 2014 la propuesta puede haber sido enriquecida, perfeccionada, en su caso, y estar dispuesta para que, si el Consejo de Ministros lo considera, inicie su andadura como Anteproyecto de Ley, con el anhelo de que pueda estar aprobado definitivamente por las Cortes Generales antes del final de la presente legislatura.

Texto ambicioso. El texto de la propuesta de Código Mercantil puede decirse que es novedoso en su intención política y dogmática, pero también ambicioso en su contenido y extensión.

Por lo que respecta a la primera de las novedades, la propuesta se apoya en la competencia exclusiva de las Cortes Generales en Derecho Mercantil, cuya justificación se encuentra, según la citada propuesta, en la necesidad de asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado y, con ella, la de garantizar a todos los operadores económicos la seguridad jurídica. A este fin, se procede a la re-delimitación de la materia propia de la legislación mercantil, de acuerdo con un criterio que supera, con mucho, el ámbito de aquellas relaciones jurídico-patrimoniales que, aún hoy, son propias de su regulación. Para ello se parte

de la idea de “mercado”, como un ámbito en el que se entablan relaciones jurídico-privadas “por los protagonistas del tráfico” de bienes y servicios que, según se considera, constituyen el objeto del Derecho Mercantil. En consecuencia, este Derecho ha de ser “el de una clase de personas” y “el de una clase de actividades”. La definición de esta clase de actividades se constituye en clave, no solo para la determinación de las que son objeto de la propuesta de Código Mercantil, por ser las propias de “lo mercantil”, sino también, de las personas físicas o jurídicas que, por desempeñar tales actividades, quedarán sujetas a su regulación. Así, abreviadamente y con carácter general, puede decirse que la legislación mercantil tiene por objeto las actividades económicas, y que a ella quedarán sujetas todas aquellas personas, físicas o jurídicas, e, incluso, entes sin personalidad jurídica, que realicen una actividad económica.

Se espera que el nuevo Código Mercantil pueda estar aprobado definitivamente por las Cortes Generales antes del final de la presente legislatura

En concreto, el ámbito material de las actividades económicas abarca, según la propuesta de Código Mercantil, no solo aquello que en la actualidad se entiende como mercantil, sino también a la agricultura y la artesanía, así como las actividades intelectuales –“sean científicas, liberales o artísticas”– que ejercen los profesionales, cuyos bienes o servicios se destinen al mercado.

A pesar de que esta observación pueda resultar obvia, ha de señalarse que esta ampliación del ámbito objetivo de lo mercantil implica una correlativa reducción del propio de la legislación civil, cuya consecuencia es reforzar la competencia del Estado en tal materia. Desde luego, no puede ignorarse que, en el trasfondo, se encuentra la dificultad de reforzar la competencia del Estado en la regulación civil del derecho de las obligaciones y de los contratos, dada la expresión ambigua de la Constitución, ante la competencia legislativa concurrente de algunas Comunidades Autónomas, y la importancia que tiene la misma respecto de la realización del principio de unidad de mercado. No obstante, no parece que pueda aceptarse, sin más, el argumento según el cual es legislación mercantil la que se contiene en el Código Mercantil, cuando de la interpretación del término “mercantil” y la determinación de su contenido material depende la distribución de competencias entre las Cortes

Continúa en pág. 26

El ámbito de las actividades económicas abarcará también a la agricultura y la artesanía, así como a actividades intelectuales cuyos bienes o servicios se destinen al mercado.



Reducción de la seguridad jurídica

La propuesta supone una reducción sorprendente de los niveles de seguridad jurídica en el tráfico económico, justo en un momento como el actual en el que la negativa experiencia derivada de la crisis de 2007, consecuencia de la desregulación iniciada en los años 80 del pasado siglo, que primaba la rapidez sobre la seguridad jurídica en la constitución de las sociedades, está llevando a los países más avanzados a perfeccionar los mecanismos de regulación, que, sustancialmente, implican la introducción de controles de carácter jurídico público. Así, en los Estados Unidos, la Ley Levin-Grassley-McCaskill, que entró en vigor en 2012, establece tales controles públicos, de eficacia preventiva, a fin de evitar que su ausencia haya permitido la constitución de sociedades “pantalla”, respecto de las que se desconocen sus titulares reales, que se han convertido en una herramienta inestimable para el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, la evasión de impuestos, el fraude financiero y, en general, para la vulneración de los principios y valores esenciales de una sociedad.

En consecuencia, la propuesta debe hacer compatibles intereses públicos con intereses privados, sin demérito de uno respecto del otro. Las nuevas tecnologías, y su avanzada introducción en la práctica notarial, permiten un incremento eficaz de los controles públicos preventivos y, por tanto, de la seguridad jurídica, sin que ello suponga obstáculo a la agilidad propia del tráfico. Además, no debe despreciarse sino, al contrario, valorarse positivamente que el establecimiento de un marco de regulación razonable, y de control preventivo del cumplimiento del mismo, hará menos imperfecto al mercado regulado, lo fortalecerá, al hacerlo más seguro, e incrementará, proporcionalmente, su capacidad para atraer la inversión.

Viene de pág. 24 Generales y las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Como tampoco puede ignorarse, de otra parte, que este contexto es utilizado para justificar la pretensión de la propuesta que, materialmente, convierte a la legislación mercantil en la legislación de las relaciones patrimoniales, por reducción a la nimiedad del ámbito propio de las relaciones civiles y su regulación. Así puede observarse, por último, cómo la propuesta de Código Mercantil persigue la unificación del derecho patrimonial mediante la conversión de todas las relaciones patrimoniales relevantes

El texto de la propuesta de Código Mercantil puede decirse que es novedoso en su intención política y dogmática, pero también ambicioso en su contenido y extensión

Debate en FIDE

El pasado 6 de noviembre, la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE) celebró en su sede el congreso “El futuro Código Mercantil. El reto de la seguridad jurídica, la unidad y la igualdad en el mercado”. El objetivo de este encuentro fue dar a conocer y debatir la propuesta de Código Mercantil elaborada por la sección segunda de la Comisión General de Codificación. Una propuesta que, en opinión de sus autores, va más allá de una mera compilación de las normas existentes, ya que representa un intento de modernización, sistematización y adaptación a la realidad de la normativa mercantil, que permita superar la descoordinación de la pluralidad de leyes que hoy integran nuestra legislación en esta materia.

El congreso organizado por FIDE contó con la participación de los especialistas que a lo largo de los últimos seis años se han dedicado a la elaboración del nuevo texto, lo que permitió conocer de primera mano el significado y las principales innovaciones recogidas en la propuesta. Asistieron, además, notarios, abogados y asesores jurídicos de empresas, magistrados, economistas y académicos. Más información en <http://www.fidefundacion.es>

en actividades económico/mercantiles, y de todas las personas en comerciantes, empresarios o emprendedores.

Siete libros y 2.000 artículos. La Propuesta de Código Mercantil, en consecuencia, no solo integra en los siete libros en que se estructura la legislación especial dispersa de la materia mercantil, recodificándola, sino que también aprovecha la ocasión tanto para actualizarla y complementarla, como para dar nueva regulación a materias carentes de ella hasta el momento. Así,

en la propuesta de Código Mercantil se contienen tanto las normas sobre el régimen jurídico de la empresa, la responsabilidad y representación del empresario, el registro mercantil y la contabilidad, el régimen jurídico de las sociedades mercantiles, las obligaciones y los contratos mercantiles, valores e instrumentos de crédito y de pago y la prescripción y caducidad. Además, en la propuesta se integra la regulación de leyes especiales, como la de transporte terrestre de mercancías o las normas sobre cuentas anuales. Mientras que ca-

be señalar como materias nuevas las relativas a la empresa y operaciones sobre la misma, la representación, la competencia desleal y la defensa de la libre competencia, la propiedad industrial y de algunos tipos contractuales como los de distribución, suministro, franquicia, mediación, el contrato de obra por empresa, el de prestación de servicios mercantiles, operaciones sobre bienes inmateriales, los contratos turísticos, los de prestación de servicios electrónicos, los bancarios y de financiación y los de operaciones en el mercado de valores.

Todo lo cual da lugar a un texto que se aproxima materialmente a los dos mil artículos de extensión, si bien al seguir la enumeración del Código Civil Holandés resultan denominados 673, cada uno de los cuales se integran por tantos preceptos y normas como se consideran precisas (así, por ejemplo: a la perfección del contrato se dedica el artículo 413 que se compone de 10 normas –artículos 413-1 a 413-10–, y a la contratación electrónica el artículo 421, integrado por 13 normas, artículos 421-1 a 421-13).

Observaciones. Con carácter general, pueden realizarse las siguientes observaciones referidas a la regulación contenida en esta propuesta.

En primer lugar, ha de señalarse cómo la propuesta, al contener una regulación pormenorizada de la materia mercantil, se presenta como “completa”; lo que materialmente reduce la relación de supletoriedad con la legislación civil, y abunda en la autonomía de lo mercantil como materia. No obstante, formalmente, se mantiene la aplicación de las normas civiles, y según su sistema de fuentes, en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias. Sin duda, la propuesta plantea un debate de política legislativa de gran interés, cuya primera premisa bien puede ser la oportunidad de superar la división entre normas civiles y mercantiles, pues si todas las activi-

La justificación del nuevo texto se encuentra en asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado y garantizar a todos los operadores la seguridad jurídica.

Incremento de funciones y competencias del Registro Mercantil

Otro de los puntos que debe ponerse de manifiesto es que la ampliación del ámbito subjetivo que comporta la propuesta implica un incremento de las funciones y competencias del Registro Mercantil. Así, en este registro, aparte de quien hasta ahora puede inscribirse, también podrán ser matriculadas todo tipo de sociedades, incluidas las profesionales o las entidades de crédito o de seguros “cualquiera que sea su forma de organización”, las uniones temporales de empresas y, en general, “las demás personas o entidades con o sin personalidad jurídica que establezca la ley”. De modo que este registro se configura como “abierto” para toda persona que realice una actividad económica. De otra parte, la propuesta convierte a la inscripción en potestativa y solo en obligatoria “cuando así se establezca por la ley” sin que expresamente se determine en qué casos sea así, indeterminación que contrasta con la que actualmente resulta de lo dispuesto en el artículo 19 del Código de Comercio. Por último, cabe señalar que admite la inscribibilidad de documentos privados cuando la Ley o el Reglamento del Registro Mercantil la “autoricen”, y ello pues autorizar más bien parece admitir la posibilidad de que el Reglamento faculte al registrador mercantil para que pueda autorizar tal inscripción. Expresión y posibilidad que no vendrían a ser más que reflejo de la tendencia desreguladora de la que adolece la propuesta y que ha sido objeto de comentario.



dades económicas que realiza una persona han de ser reguladas por el mismo ordenamiento, este será un ordenamiento común o general, antes que particular o especial.

En segundo lugar, cabe observar cómo propugna la desregulación en materia de forma pública –lo que es especialmente significativo y grave en la contratación financiera– y ello sobre la premisa según la cual el ámbito de lo mercantil es el propio del riesgo, de modo que la intervención de un fedatario público no solo puede distorsionar tal premisa, sino que, además, puede introducir demoras en los tiempos, en demérito de la agilidad propia de este tráfico.

Tal premisa no puede ser compartida, de un lado, pues la práctica sumisión de todos los ciudadanos a las reglas de la propuesta de Código Mercantil, bien porque realizan una actividad económica o bien porque quedan sujetos a las mismas por contratar sus servicios o adquirir sus bienes –con respeto de las normas imperativas de consumo–, determinaría la elevación del rango de riesgo que los contratantes hayan de asumir por estar sujetos a tal regulación. Lo que, con mejor criterio, debería llevar a man-

tener, al menos, el nivel de protección actualmente vigente.

Valor y mérito de la propuesta.

En suma, y con independencia de las observaciones realizadas, ha de subrayarse el valor y mérito que, en sí, entraña la propuesta de Código Mercantil de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación como punto de partida para la mejor regulación de las relaciones patrimoniales entre particulares, que, sin duda, se constituirá en objeto de estudio, debate y tratamiento no solo académico, sino también político y, probablemente, legislativo en este próximo año 2014 y sucesivos. Finalidad que es preciso alcanzar teniendo en cuenta, sin duda, no solo las necesidades de nuestra sociedad, como en su momento hizo el Código de Comercio de 1865, sino la de nuestra sociedad como cuarta economía de la Unión Europea, comprometida con ella en la creación de un mercado interior verdadero y real, mediante la superación de su fragmentación como consecuencia de tantos derechos contractuales como Estados miembros, así como de un Espacio de libertad, seguridad y justicia. ●