La propuesta de nuevo Código Mercantil en España

Autor(es): Velasco San Pedro, Luis Antonio

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39878>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-3_28

Accessed : 26-Apr-2023 12:22:37

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo III

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL EN ESPAÑA

I. Antecedentes

El objeto de este trabajo es hacer una primera presentación del *Borrador de Anteproyecto de Código Mercantil o Propuesta de Código Mercantil* (de ahora en adelante PCM), que se aprobó por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia de España y se entregó al Ministro de Justicia el 17 de junio de 2013¹, y que en la actualidad está sometido a una fase de información pública. Está previsto que durante esta misma legislatura, que finaliza en noviembre de 2015, tras las correcciones que se estimen oportunas, pueda ser aprobado como Proyecto de Ley por el Gobierno de España para ulteriormente ser tramitado como Ley ante las Cortes españolas².

Para una mejor comprensión del alcance de esta propuesta, sin duda la más ambiciosa que se ha planteado en

¹ Publicada con el título *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Ministerio de Justicia, Madrid 2013. Accesible en Internet: <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/12842461-F730-40AB-8CB4-9242D1AF8553/240135/Propuesta_codigo_mercantil.pdf>.

² Así lo anunció el Ministro de Justicia, Sr. Gallardón, en el discurso público que pronunció el día de su presentación, el 20 de junio de 2013.

España en materia mercantil desde el siglo XIX, conviene hacer una referencia breve a sus antecedentes.

En España ha habido hasta la fecha dos códigos de comercio, el de 1829 y el de 1885, este último todavía parcialmente vigente. La codificación española, influida por la francesa, tuvo como ésta una impronta liberal³. Su origen está en el artículo 258 de la Constitución liberal de 1812, que ordenaba formar códigos únicos en materia, civil, penal y de comercio para toda la Monarquía⁴. Pero como ocurrió en la propia Francia, en materia mercantil esta impronta quedaba atenuada por el seguimiento en gran parte del Derecho comercial corporativo de *l'Ancien Régime*, que en España se había plasmado en las Ordenanzas de Bilbao de 1737⁵. Más aún en el primero de estos dos Códigos, debido al momento político que se vivía en España cuando se promulgó, con un regreso al absolutismo⁶.

A diferencia de Francia, donde el Código civil fue el primero de Derecho privado que se publicó⁷ — como además era lógico, dado el carácter de Derecho especial que presenta el mercantil frente al Derecho común o civil —, los dos códigos de comercio españoles precedieron al civil, que

³ Véase sobre este particular, DE EIZAGUIRRE, J.M.: *El Derecho Mercantil en la codificación del siglo XIX*, UPV, Bilbao 1988. pp. 23 y ss.

⁴ Curiosamente promulgada durante la invasión francesa de España por Napoleón, en la ciudad de Cádiz, que aunque sitiada nunca fue ocupada por el enemigo.

⁵ En Francia, anteriormente en el Código de comercio de 1807, se hizo lo propio con las Ordenanzas del Comercio Terrestre y de la Marina de 1673 y 1681, respectivamente, publicadas durante el célebre ministerio de Colbert.

⁶ Véase RUBIO, J.: *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, CSIC, Madrid 1950, pp. 133 y ss., y DE EIZAGUIRRE, ob. cit., pp. 65 y ss.

⁷ El Código civil de 1804, también llamado de Napoleón, anterior al de comercio, de 1807, como ya se ha dicho.

sólo vio la luz de manera tardía en 1889. Ello fue debido en gran medida a la fuerza que en algunos territorios tenían los llamados *derechos forales* (p. ej. en Cataluña, determinados territorios del País Vasco, Galicia, etc.), ordenamientos propios de Derecho privado, con acusados elementos de particularismo, principalmente en materia de familia, sucesiones e instituciones vinculadas a la tierra y a las actividades agrarias. De hecho la cuestión sólo consiguió superarse dejando subsistentes por el momento los derechos forales allí donde los hubiera ⁸. De ahí procede, además, alguna explicación de las motivaciones de la codificación que quiere ahora volver a hacerse, como luego se indicará.

El siglo XX y los comienzos del XXI en España, como ha sucedido en otros muchos países que contaban con códigos del siglo XIX, han sido una *era de descodificación*, según expresión afortunada de Irti ⁹. Por lo que se refiere específicamente al Código de comercio de 1885, muchas de las materias que formaban parte del mismo, o instituciones mercantiles no contempladas en él, pasaron a regularse en leyes mercantiles especiales, como las sociedades anónimas y las sociedades limitadas ¹⁰, los títulos cambiarios, la competencia desleal y la defensa de la competencia, los seguros, la agencia, el Derecho concursal, los transportes terrestres, etc.

Este proceso, aunque se remonta en España a los años 20, con la promulgación en 1922 de la entonces Ley de suspensión de pagos, y continuó en los 50 con las leyes de sociedades, realmente se convirtió en exponencial a partir de los años 80, con la llegada de la democracia y la promulgación

⁸ Véase CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Tratado de Derecho Civil español, común y foral*, I, 1.º, 11.ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid 1975, pp. 231 y ss.

⁹ IRTI, N.: *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979.

¹⁰ Tardíamente reguladas en España, en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1953.

de la Constitución española de 1978 y, sobre todo, la incorporación de España en 1986 a las Comunidades Europeas (actual Unión Europea), que hicieron necesaria la modernización del Derecho mercantil español, entre otras cosas, para incorporar el importante acervo comunitario que, en materia mercantil, se había producido y siguió produciéndose después¹¹.

La *situación actual del Derecho mercantil español* puede resumirse de la siguiente manera. En gran medida es un *Derecho moderno*, producido sobre todo a partir de los años 80, y en los últimos tiempos sometido a una cuasi permanente actualización normativa, particularmente en materia de sociedades, concursal y mercados financieros, como sucede por otro lado, con la mayoría de los derechos de los estados europeos, debido a la crisis económica¹². Persisten, no obstante, algunos sectores *huérfanos* de esa modernización, como las figuras más clásicas de contrato, como la compraventa, el préstamo, el depósito, etc., cuyo régimen básico sigue siendo el contenido en el texto originario del Código de 1885. O el Derecho marítimo, abandonado asimismo a su regulación originaria en dicho Código, aunque en parte ello se haya visto paliado por la ratificación por España de importantes convenios interna-

¹¹ Precisamente el *Leitmotiv* de la gran reforma de 1989 de nuestro Derecho mercantil, que afectó al Código de comercio y a las leyes sobre sociedades, fue incorporar el acervo comunitario en materia de sociedades. Sobre esta gran reforma, véase VELASCO SAN PEDRO, L.A.: *Nota introductoria a Sociedades de capital y Mercado de Valores. Normas básicas*, Editorial Lex Nova, Valladolid 1990, Un intento de estudio sistemático de este Derecho mercantil europeo, en GOLDMAN, B./LYON-CAEN, A./VOGEL, L.: *Droit commercial européen*, 5.^a ed., Dalloz, Paris 1994.

¹² El ritmo de las reformas en España en materia de sociedades es en los últimos años, p. ej., de varias veces al año, bien es cierto que en la mayoría de los casos con alcance limitado.

cionales en la materia ¹³. De igual manera presenta todavía algunas lagunas relevantes, como la falta de régimen de importantes grupos de figuras contractuales, como p. ej. los contratos bancarios y financieros o los contratos de distribución comercial, o nuevos instrumentos como las tarjetas de crédito.

Es asimismo un Derecho con creciente *publicación* de alguno de sus aspectos, y con fuertes conexiones con la llamada *regulación económica* de actividades percibidas como de carácter estratégico o fuerte interés general (no sólo la llamada regulación prudencial de banca, bolsa y seguros, también la regulación económica de transportes, energía, telecomunicaciones, etc.) ¹⁴. Igualmente es el resultado de una cierta *unificación del Derecho privado*, en la medida en que la nueva regulación (mercantil) de algunos contratos, como el seguro o los transportes, ha vaciado la homónima regulación civil, o se ha configurado expresamente un nuevo régimen común, como ha sucedido con el *Derecho concursal*. También es un Derecho con tendencia a aplicarse a otros profesionales distintos de los empresarios mercantiles, como los profesionales liberales, agricultores o artesanos. Esto se ve de manera clara en relación con la defensa de la competencia, la competencia desleal y la publicidad, cuyas disposiciones son de aplicación general a todos los profesionales. Del mismo modo es un

¹³ En materia de transporte marítimo, España ratificó en su momento las llamadas *Reglas de la Haya-Visby*, y es uno de los dos únicos estados que a la fecha ha ratificado las *Reglas de Rotterdam* (y que aún no han entrado en vigor por la falta de las adhesiones requeridas por el convenio correspondiente), aunque no hizo lo propio con las intermedias de *Hamburgo*. Durante las anteriores dos legislaturas ha quedado pendiente de tramitación un Proyecto de Ley de Navegación Marítima, que ha vuelto a presentarse recientemente en la actual.

¹⁴ A este proceso se refirió ya en su momento, con gran agudeza, el maestro J. GIRÓN TENA: *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (estudios)*, Civitas, Madrid 1986, pp. 104 y ss.

Derecho, como se acaba de apuntar, en parte *armonizado a nivel europeo*, ya que numerosas disposiciones tienen su origen en directivas europeas¹⁵, como p. ej. en materia de sociedades, agencia, comercio electrónico, marcas, etc.

Finalmente, y aunque ello no sea privativo del Derecho mercantil, sino más bien común de todas las ramas o sectores del ordenamiento, no deja de planear sobre el Derecho mercantil español el nuevo e importante *Derecho del consumo*, que se ha ido formando en Europa a partir de los años 80, y que ha incidido de manera decisiva sobre la legislación española¹⁶.

II. Por qué hacer un nuevo código de comercio o mercantil y cómo se está haciendo

Ante una tarea de la envergadura de la emprendida por el prelegislador español, de hacer en el siglo XXI, un nuevo

¹⁵ La armonización legislativa en Europa se realiza vía directivas, que, como determina el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE, son disposiciones que obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. En este sentido, su funcionamiento es similar al de las leyes de bases y para que los principios establecidos en una directiva sean directamente aplicables, el legislador nacional debe adoptar una norma de trasposición al Derecho interno.

¹⁶ La norma fundamental en la materia en España, es el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores usuarios de 2007, prácticamente, aunque no se denomine así, un Código de consumo, del que solo quedan fuera normas de tutela de los consumidores en los mercados de crédito y financieros. Para una aproximación actualizada al contenido material de este Derecho del consumo, y sus líneas de desarrollo en el futuro más inmediato en España y Europa, véanse CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid 2011; REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CASADO, M. (dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid 2011 y CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona 2012.

Código mercantil, es obligado preguntarse por las razones que han llevado a ello.

Es cierto que, en parte, ha podido influir la recodificación emprendida en Francia en el año 2000, con la finalidad de volver a reunir bajo el amparo del “Código” a toda la materia mercantil, descodificada en el siglo anterior¹⁷. Razones de simplificación legislativa, de facilitación del acceso a una normativa cada vez más dispersa, ciertamente han debido de influir, y así se pone de manifiesto de alguna manera en el encargo que el Ministro de Justicia, Sr. López Aguilar, realizó a la Comisión de Codificación, estableciendo como modelo sistemático para esta codificación, el sistema francés¹⁸.

Sin embargo, la recodificación española se ha mostrado mucho más ambiciosa que la francesa, pues si en parte recoge apenas sin variación materias reguladas de forma reciente — p. ej. transporte terrestre —, como hace aquélla, en otras reforma a fondo — caso, particularmente, del Derecho de sociedades, que en parte era bastante reciente¹⁹ — o introduce regímenes completamente nuevos, como, p. ej., en materia de obligaciones y contratos.

¹⁷ Obra culminada en 2000, respecto a las normas de rango legal, y en 2007, respecto a las de carácter reglamentario. Véase MONÉGER, J.: “De l’ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000: réflexion sur l’aptitude du droit économique et commercial à la codification”, en *Revue internationale de droit économique*, vol. 18, n.º 2, 2004, pp. 171 y ss.

¹⁸ Orden de 7 de noviembre de 2006. Se recoge en la p. 9 de la *Propuesta de Código Mercantil...* cit.

¹⁹ Con dos textos legales muy recientes: Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 2009 y Ley de sociedades de capital de 2010 (que refunde las anteriores leyes de anónimas y limitadas, más las disposiciones del código de comercio sobre comanditarias por acciones).

En esta tesitura, y puesto que, como se acaba de decir, una parte importante de la reforma propuesta se refiere a obligaciones y contratos, probablemente la mejor opción habría sido proceder a realizar un Código unificado de todo el Derecho privado — modelo italiano del Código civil de 1942 —, o, al menos, del Derecho de obligaciones y contratos — modelo suizo del Código de las obligaciones de 1881 —²⁰. En favor de esta última opción militaba la circunstancia, ya apuntada, de que las nuevas regulaciones contractuales habidas en España, como los seguros y el transporte terrestre, formalmente no son mercantiles²¹, así como el nuevo Derecho del consumo, de naturaleza claramente transversal, y con una fuerte implicación en materia contractual (condiciones generales, ventas a distancia y fuera de establecimiento mercantil, garantías...).

Es probable — no dispongo de datos que acrediten lo que voy a decir — que estas opciones se hayan descartado ante las dificultades existentes en España para unificar el Derecho privado. Anteriormente señalé las que hubo en su momento para promulgar un Código civil en España, debido a la raigambre de los derechos forales. La Constitución española de 1978, lejos de acabar con este estado de cosas y en coherencia con la configuración de un Estado cuasifede-

²⁰ Sobre las razones que sustentan la conveniencia de una unificación del Derecho privado, véase BELTRÁN SANCHEZ, E.: *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid 1995, esp., pp. 71 y ss.

²¹ Como señala A. EMPARANZA SOBEJANO, en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. y MARTÍNEZ SANZ (dir.), *Comentarios a la Ley de transporte terrestre*, Aranzadi, Cizur Menor 2010, sub. art. 1, p. 55, en relación específicamente con el transporte, "es evidente que se trata de un proceso de 'generalización' u 'objetivación' de la regulación mercantil, en la medida en que dejan de tener relevancia las notas que tradicionalmente caracterizaban este tipo de actividades (como mercantiles)".

ral²², reconoció en su artículo 149.1.8.º la competencia de las comunidades autónomas para seguir conservando, modificando y desarrollando los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existieran. Y esto es lo que han hecho prácticamente todas las comunidades autónomas con algún atisbo de tales derechos, alguna de las cuales está procediendo a promulgar por partes o libros un Código civil propio, como es el caso de Cataluña, superando además ampliamente el contenido tradicional de los derechos forales, afectando a todo el Derecho civil²³.

La situación en materia mercantil, sin embargo, es bien distinta, ya que el artículo 149.1.6.º, establece la *competencia exclusiva* del Estado sobre la legislación mercantil²⁴. Es cierto que en la misma Constitución, o en los distintos estatutos de autonomía de las comunidades autónomas, aparecen a veces

²² La calificación del Estado español es bastante compleja. Aunque formalmente no es ni unitario ni federal — retóricamente se habla de un *Estado de las Autonomías*, que es como no decir nada —, en algunos aspectos va más lejos que estos últimos. Por ejemplo, en la Constitución española sorprendentemente no hay una cláusula de supremacía de la legislación del Estado, como sucede en otros estados federales (p. ej. el artículo 31 [Primacía del Derecho federal], de la Ley fundamental de la R. F. de Alemania, que señala que "*El Derecho federal deroga el derecho de los Länder*").

²³ Véase VAQUER ALOY, A.: "El Derecho civil catalán: presente y futuro", en *Revista Jurídica de Navarra*, Julio-Diciembre 2008, n.º 46, pp. 69 y ss.

²⁴ Sobre el alcance de esta competencia y su fundamentación, véase DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "Constitución económica y Derecho mercantil", en AA.VV., *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, Madrid 1979, pp. 63 y ss. Más recientemente, poniendo el énfasis en el carácter contingente y no esencial de la noción de Derecho mercantil, y los problemas que puede suscitar a estos efectos una evolución de esa noción, como la que evidencia la PCM (según se verá a continuación), ROJO, A.: "El Código mercantil", en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 286, Octubre-Diciembre 2012, pp. 20 y s.

competencias concurrentes o concomitantes de las comunidades autónomas en materias próximas o incluso mercantiles, como comercio interior, consumo, cooperativas, cajas de ahorro, seguros, etc., pero el Tribunal Constitucional ha zanjado cualquier duda al respecto, al indicar que tales competencias se refieren a aspectos jurídico públicos o de regulación económica, quedando los propios del Derecho privado reservados a la competencia exclusiva del Estado en cuanto contenido esencial de la legislación mercantil²⁵.

Como fuere, la necesidad de intervención del Estado actualizando la legislación mercantil en forma de un nuevo Código, se ha justificado formalmente en la necesidad de preservar la unidad de mercado, establecida en el artículo 139.2 de la Constitución²⁶, tal como se establecía asimismo en el mandato del Ministro de Justicia antes señalado, y se refleja en la propia exposición de motivos de la PCM²⁷.

En mi opinión esta justificación es algo exagerada. Es cierto que en España, como sucede en todos los entes polí-

²⁵ P. ej., STC 206/97, de 27 de noviembre de 1997, fundamento 7.º

²⁶ Este precepto dice textualmente:

"Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español".

²⁷ Bajo el epígrafe

"1) Razón de ser de un nuevo Código mercantil", con el n.º I-6 se señala: "[l]os postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan, por el contrario, la clara delimitación de ésta y la integración de la normativa reguladora" (Propuesta de Código Mercantil..., cit., pp. 39 y s.).

ticos con diversidad de competencias legislativas y administrativas, empezando por la propia Unión Europea, hay un riesgo de que en el ejercicio de tales competencias se erijan barreras que puedan poner en cuestión la unidad del mercado. Pero en el caso español, creo que tales barreras no proceden de la legislación de Derecho privado, sino más bien de la de Derecho público y, sobre todo, de la manera como se ejercen las potestades administrativas, no sólo por la comunidades autónomas, sino por entidades menores, como las administraciones locales. Precisamente con el objetivo de eliminar o, al menos, minimizar estas barreras recientemente se ha promulgado la llamada Ley de unidad de mercado ²⁸.

Así las cosas, creo que se ha optado por un nuevo Código mercantil, porque era la única opción realmente practicable *hic et nunc* para actualizar el Derecho privado, particularmente el contractual. De hecho, como veremos, la PCM amplía en parte el ámbito tradicional del Derecho mercantil, y por ello buena parte de sus disposiciones, particularmente en materia de obligaciones y contratos, van a ser más bien generales. Ello acaso pudiera generar alguna duda de constitucionalidad ²⁹, aunque el citado artículo 149.1.8.º de la Constitución establece también la competencia exclusiva del Estado sobre las “bases de las obligaciones contractuales” ³⁰.

²⁸ Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (BOE de 10 de diciembre).

²⁹ Y es probable que las comunidades autónomas más celosas de sus competencias, planteen alguna cuestión de inconstitucionalidad, aunque de momento no me ha llegado ninguna noticia sobre ello. Hace un augurio semejante Rojo, A.: ob. cit., pp. 20-21.

³⁰ Si no he entendido mal, apunta una explicación semejante Rojo, A.: ob. cit., pp. 18 y s.

Por lo demás, la PCM obedece a un encargo apartidista que en su momento hizo el Ministro de Justicia de un Gobierno del PSOE (partido socialista) a una comisión técnica, que remonta sus orígenes a la primera codificación del siglo XIX, que es la Comisión General de Codificación, sección de Derecho Mercantil, y que está integrada por prestigiosos juristas procedentes del mundo académico y de las profesiones jurídicas. El actual Ministro de Justicia del PP (partido de centro derecha), Sr. Gallardón, mantuvo el encargo, y recogió la propuesta en junio de 2013, como ya se ha indicado, comprometiéndose a que en su momento sea tramitado como Proyecto de Ley en el Parlamento español.

III. La concepción del derecho mercantil de la PCM

La PCM mantiene una concepción amplia del Derecho mercantil, como *Derecho del mercado*, al señalar en el primero de sus artículos, el 001-1, que

“[e]n el marco constitucional de la economía de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado”.

A tal efecto, como se infiere del sucesivo artículo 001-2, se van a considerar incluidas en su ámbito las actividades de producción, cambio de bienes o prestación de servicios para el mercado.

De esta manera, la PCM sobrepasa no sólo la concepción, tradicional en gran parte de los códigos decimonónicos, del Derecho mercantil como *Derecho de los actos de comercio*, y que al menos formalmente se mantiene en el todavía vigente en

España ³¹, sino las concepciones más modernas del Derecho mercantil como *Derecho de la empresa*, que traslucían textos más recientes como el Código civil italiano de 1942, y al que de una manera u otra se adscribió la mayoría de la doctrina científica española durante el siglo XX ³². Aunque en esta postura ampliatoria creo que no deja de planear la versión utilitarista a la que acaba de hacerse referencia, científicamente conecta con algunos planteamientos doctrinales, que ya habían puesto de relieve como el Derecho mercantil se estaba convirtiendo paulatinamente en un *Derecho del mercado*, al integrar la problemática de defensa de los consumidores y de la competencia ³³.

En coherencia con esta concepción amplia, la PCM establece un doble ámbito de aplicación, subjetivo y objetivo.

A. Ámbito subjetivo: los operadores del mercado

En cuanto al *ámbito subjetivo*, el artículo 001-2 de la PCM somete a sus disposiciones a los llamados “operadores del mercado”, concepto omnicomprendivo, cuya finalidad es con toda evidencia ampliar el campo de aplicación tradicional del Derecho mercantil, referido a los comerciantes o empresarios, a todos los que actúan en el mercado profesionalmente. De

³¹ Esta concepción resulta sobre todo de lo señalado en el artículo 2.1 de dicho Código, que declara aplicables sus disposiciones (y por tanto el Derecho mercantil), “a los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código”, aunque la imposibilidad de lograr un concepto sustancial de acto de comercio, unido a las incoherencias subjetivistas en las que incurría frecuentemente el propio Código, llevase a su abandono doctrinal,

³² En España defendió con particular rigor esta concepción GIRÓN TENA, J.: *El concepto de Derecho Mercantil*, ed. separada del *Anuario de Derecho Civil*, 1954.

³³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Constitución económica...”, cit., pp. 79 y s.

esta ampliación hay ya ejemplos relevantes en la actualidad en el Derecho europeo y español, en relación con el Derecho del consumo y el Derecho de la competencia (defensa de la competencia, competencia desleal y publicidad), pero no me consta que exista en relación con el conjunto del Derecho mercantil ³⁴.

Como operadores del mercado se van a considerar por este mismo precepto, concretamente, las siguientes personas:

1.º) Los *empresarios*. Por tales se van a entender, en primer lugar, las

“[l]as personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales”.

Esto es, los que se han venido considerando como *empresarios individuales*, incluyendo a los agricultores y artesanos, excluidos todavía de la aplicación de algunas normas mercantiles en España, por razones de pura tradición histórica ³⁵. En cualquier caso, en este punto la propuesta española es en gran

³⁴ Aunque ciertamente la distinción entre Derecho mercantil y civil, con el sentido de especialidad que se mantiene en países de cultura jurídica continental (*Civil Law*), sea desconocida en los países de cultura jurídica anglosajona (*Common Law*).

³⁵ Particularmente del ámbito de aplicación de la compraventa mercantil, por el art. 326, ap. 2 y 3, del Código de comercio. La razón de ello es puramente histórica y obedece al planteamiento de que el Derecho mercantil como *ius mercatorum*, sólo se aplicaba a los mercaderes o comerciantes, y no a otros estamentos como los agricultores, ganaderos o artesanos. Hoy en día carece de justificación, como ya apuntó GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, III, 1.º, *Obligaciones y contratos mercantiles*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1964, p. 237.

medida tributaria del artículo 2082 del Código civil italiano, cuyo tenor casi reproduce textualmente.

En segundo lugar, se considerarán asimismo empresarios “[l]as personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas”, así como “[l]as sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto”. Es decir, los llamados *empresarios sociales*. La disyuntiva que se abre entre personas jurídicas y sociedades mercantiles, tiene, a estos efectos, una doble función. Por un lado, resaltar que personas jurídicas distintas a las sociedades pueden ser también empresarios, con tal de que su objeto sea realizar una actividad “empresarial”. En este sentido, podrán ser también empresarios fundaciones — la llamada *fundación empresa* ³⁶— y tendrán esta condición, en todo caso, las entidades de naturaleza fundacional que realicen actividades empresariales, como era el caso particularmente de las cajas de ahorro ³⁷. Por otro, tiene también la función de indicar que en las sociedades mercantiles se produce una *mercantilidad por la forma*. Van a ser siempre empresarios, independientemente de cuál sea su objeto. Esta característica, tomada del Derecho alemán [es el *Formkaufmann* que se contempla en el § 6 del Código de comercio alemán (HGB)], ya se predicaba en España de las sociedades de capital (artículo 2 de la Ley de sociedades de capital), y se extiende ahora a todas

³⁶ Sobre este tema, en la doctrina española, sigue siendo obra de referencia la de VALERO AGÚNDEZ, U.: *La fundación como forma de empresa*, Ser. Public. Universidad de Valladolid, Valladolid 1969. Alguna gran empresa española en la actualidad está controlada por una fundación, como *El Corte Inglés* o la Aseguradora *Mapfre*.

³⁷ En un proceso imparable en España de bancarización o convergencia hacia las sociedades anónimas bancarias, como consecuencia de la crisis económica y financiera, que las ha afectado de manera mucho más acusada que a los bancos.

las sociedades mercantiles, incluidas por tanto las personalistas (colectivas y comanditarias simples).

2.º) Asimismo van a considerarse operadores del mercado, otros sujetos que no siendo empresarios, realizan asimismo *actividades profesionales* en el mercado. En definitiva, *otros profesionales*. En tal situación estarán,

“[l]as personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado”.

Es decir, básicamente los profesionales liberales y los artistas, que actúen por cuenta propia.

3.º) Por último se considerarán igualmente como operadores del mercado,

“[l]as personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas (...), así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades”.

El sentido de esta última disposición, es la de servir de cierre al sistema abarcando cualesquiera otras situaciones de actuación profesional en el mercado, no encuadrables en las menciones anteriores³⁸. La referencia a las *personas jurídicas*,

³⁸ Quedan fuera las actuaciones esporádicas efectuadas por no profesionales. En este sentido, la propuesta sigue el viejo principio, *una mercantia non facit mercatorem*, y que podríamos traducir actualizadamente como *un negocio no hace a una persona empresario*.

permitirá considerar como tales operadores a entidades públicas que realicen actividades empresariales, y que no sean en sentido estricto *empresas públicas*, en cuyo caso el encuadramiento vendría directamente por su condición de empresarios³⁹, u otro tipo de organizaciones en la medida que realicen de manera accesoria alguna actividad empresarial o profesional⁴⁰. La referencia a *entes sin personalidad jurídica*, sin embargo, dista de estar clara. Pudiéramos pensar que hay aquí una referencia a fenómenos no formalizados de ejercicio colectivo de una actividad empresarial o profesional, como las llamadas “comunidades de bienes” o incluso las sociedades irregulares. Pero desde el punto de vista mercantil tales comunidades merecen precisamente el calificativo de sociedades irregulares, y tales sociedades en el Derecho vigente y proyectado, no puede decirse que carezcan de personalidad jurídica, si por tal entendemos su constitución en sujetos de derechos y obligaciones. En este sentido, son bastante claros tanto el vigente artículo 39 de la Ley de sociedades de capital, como los futuros artículos 213-29 y ss. (particularmente el 213-33) de la PCM.

En todo caso, para no llevarse una impresión equivocada del alcance de la PCM en este punto, conviene advertir que en cuanto a la aplicabilidad a los operadores del mercado que no sean empresarios, de los deberes profesionales que integran el llamado *estatuto jurídico de los empresarios*, parece que las disposiciones del futuro Código actuarán de manera limitada,

³⁹ El tema se ha planteado sobre todo en relación con la aplicación del Derecho de la competencia. Véase a este respecto véase WHISH, R., *Competition Law*, 6.ª ed., Oxford University Press, Hampshire 2009, pp. 84 y ss.

⁴⁰ Por poner un ejemplo relativamente frecuente en España: congregación religiosa de monjas que elabora o comercializa por cuenta propia dulces, realiza bordados, etc.

y más bien como norma supletoria en ausencia de normas legales específicas de regulación de las personas jurídicas o las respectivas profesiones. Así se infiere — aunque ciertamente se podría haber dicho de manera más clara — de lo dispuesto en el artículo 001-3 al disponer, bajo el rótulo *Estatuto mercantil*, que

“[l]as normas de este Código que regulan las sociedades mercantiles o establecen derechos y obligaciones de las personas a él sujetas les serán de aplicación salvo cuando existan otras normas legales específicamente aplicables por razón de la naturaleza de la persona, de la materia o de la índole de sus actividades”.

Ello supondrá a mi juicio, que los operadores que no sean empresarios, quedarán al margen de los deberes profesionales de inscripción en el Registro Mercantil, y de documentación y contabilidad, como además confirman, respectivamente, los artículos 140-1 y 140-2, y 151-1, que refieren estos deberes específicamente a los empresarios. No en cambio, respecto del llamado *deber de comportamiento leal*, que tiene en el Derecho proyectado, igual que en el vigente, un alcance general, referido a todos los operadores en el mercado (artículos 310-1 y ss.).

B. Ámbito objetivo

En cuanto al ámbito objetivo de la PCM, el artículo 001-4, indicará los actos y contratos, que, por considerarse *mercantiles*, quedarán sometidos a sus normas.

En primer término, lo serán

“[l]os actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo”. Asimismo, “[l]os actos

y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles”, y, finalmente, “[l]os actos de competencia en el mercado”.

Esta disposición requiere de algunos comentarios. En primer término, parece que con carácter general, se mantiene una mercantilidad de los actos y contratos en función de los sujetos que intervengan como partes, calificando como mercantiles a todos los actos en los que intervenga (profesionalmente) un operador del mercado. Criterio éste, que por encima de los diferentes ámbitos de actuación, no está muy lejos del que mantiene el vigente Código de comercio que, con excepciones notables, como la de la compraventa mercantil, califica en general a los contratos como mercantiles, por la intervención en los mismos de un comerciante (p. ej., el artículo 311.1, en relación con el préstamo mercantil)⁴¹.

No obstante, en ciertos casos, la mercantilidad vendrá determinada por razón del objeto o del mercado en que se celebren. Así sucederá, particularmente, en relación con las *operaciones en los mercados de valores*, a los que el artículo 581-4 de la PCM califica como contratos mercantiles, y (aparentemente) con los *títulos valores*.

En cuanto a la referencia a los *actos de competencia*, tiene más bien la función de recalcar el alcance general de las disposiciones en la materia que asimismo, como ya se indicó, se produce en el Derecho vigente.

Finalmente, el apartado 2.º, del artículo 001-4 de la PCM señalará que

“[c]uando en los actos y contratos referidos (...) intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se

⁴¹ Esta es una de las incoherencias a la que he hecho referencia en la anterior nota 31.

hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores”.

Esto supondrá que las normas de Derecho de consumo, serán de aplicación preferente cuando en el acto o contrato mercantil del cual se trate, intervenga como contraparte del operador del mercado, un consumidor ⁴².

IV. Contenido

La PCM, como ya se indicó, parte de un objetivo totalizador de recodificación del conjunto del Derecho mercantil. Con todo, y en relación con el precedente Código de comercio, y con lo que doctrinal y académicamente se viene considerando como el contorno del Derecho mercantil, hay algunas materias que se excluyen y otras que se regulan con remisión a otras normas o ámbitos.

En cuanto a las materias excluidas destaca, en primer lugar, la falta de referencia al *Derecho marítimo*. Como es bien sabido, la opción de los Códigos de comercio del XIX, siguiendo el modelo francés de regular el entonces llamado “comercio marítimo” — y que en España había sido anticipado por las Ordenanzas de Bilbao, que asimismo contenían normas de este cariz —, no ha dejado de ser cuestionada desde entonces por los maritimistas, poniendo de relieve que no

⁴² Es presupuesto de aplicación del Derecho del consumo, como señala expresamente el artículo 2 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores usuarios de 2007, que se trate de relaciones “entre consumidores y usuarios y empresarios”, manteniéndose a estos efectos un concepto amplio de *empresario*, prácticamente equivalente al de operador de mercado de la PCM, al señalar el artículo 4 de dicha norma que “[a] los efectos de lo dispuesto en esta norma, se considerará empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”.

todo el Derecho marítimo se refiere al tráfico comercial, y que su fuerte particularismo, en todo caso, lo convierte en una rama más bien autónoma e independiente del Derecho mercantil general⁴³. Con todo, la actualización de este sector en España se va a abordar de manera paralela mediante una Ley de navegación marítima, en estos momentos en trámite parlamentario, y que previsiblemente se aprobaría de manera coetánea al propio Código Mercantil.

Asimismo se excluye, el *Derecho concursal*, objeto de la Ley concursal de 2003 que es, en principio, una Ley de alcance general en cuanto es aplicable a todas las situaciones de insolvencia de un deudor común, independientemente de que sea empresario o profesional, como es lo más habitual, o carezca de esta condición⁴⁴.

Igualmente queda fuera la problemática de *protección de los consumidores*. El Derecho del consumo es claramente transversal — afecta a todas las ramas del ordenamiento relevantes para los consumidores —, y, como se acaba de decir, de aplicación preferente cuando intervenga un consumidor.

Aunque no excluidas propiamente, tienen un tratamiento minimalista otras materias, hoy en día objeto de leyes especiales, que se van a mantener en el futuro, y a las que mayor-

⁴³ P. ej., un apunte reciente de estas críticas, en ARROYO, I. en URÍA, R. Y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor 2007, II, pp. 1151 y s.

⁴⁴ Aunque en principio no quepa censurar el alcance general de la Ley concursal de 2003, mantenida en ordenamientos de prestigio, como el alemán, y que rompió con una secular distinción en el Derecho español entre instituciones concursales mercantiles (la suspensión de pagos y la quiebra) y civiles (el convenio de quita y espera y el entonces ya llamado concurso de acreedores), sigue pendiente en España arbitrar un procedimiento específico como el que ya existe en otros países, para el sobreendeudamiento de los consumidores, para los que la Ley concursal, pensada fundamentalmente para crisis empresariales, es un magro remedio.

mente se remite la PCM, que se limita a diseñar los aspectos más básicos y principales. Así sucede en materia de propiedad industrial (patentes, marcas, diseño industrial...) y, aunque en menor medida, en defensa de la competencia, basada principalmente en España y en la UE, en un sistema de aplicación pública, que lógicamente permanece al margen de la PCM.

Puesto que acabamos de hablar de aplicación pública, hay también que señalar que lógicamente quedan fuera de la PCM los aspectos de *regulación económica* y *aplicación pública*, que afectan a las actividades empresariales y profesionales. Con todo, ocasionalmente se contempla algún mecanismo de aplicación pública en la PCM, como ya se hace en el Derecho vigente. P. ej., los regímenes de sanciones administrativas para el incumplimiento de ciertos deberes por parte de las sociedades o sus administradores (depósito de cuentas, autocartera...).

Por otro lado, en las materias abordadas propiamente dichas, no es el mismo el tratamiento que les da la PCM. Hay materias en que se ha tratado, fundamentalmente, de recodificar lo que en su momento salió fuera, pero manteniendo prácticamente invariada la regulación vigente, acaso con algunos aditamentos. Así ha sucedido con materias tales como el seguro, el transporte, la agencia, los contratos publicitarios o el Derecho de la competencia, objeto de leyes recientes o relativamente recientes. En parte así ha sucedido también en materia de títulos valores, donde en gran medida se ha traído el contenido de la Ley cambiaria y del cheque (que responde a los modelos de las leyes uniformes de Ginebra), aunque generalizando en parte sus disposiciones, o modificando su sistemática.

En otras materias la PCM ha innovado y de manera a veces muy intensa. Es lo que ha ocurrido en relación con materias no abordadas en el Derecho vigente, o con regulaciones claramente desfasadas o anacrónicas. Es el caso del

régimen introducido en relación con la empresa, la parte general de contratos y numerosas figuras contractuales, y la parte de los títulos valores que excede a los títulos cambiarios (a los que la PCM va a llamar *títulos de crédito*).

También es intensa la intervención en materia de sociedades mercantiles, pese al carácter reciente de los textos principales, las ya citadas Leyes de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 2009 y la Ley de sociedades de capital de 2010. Quizás aquí ha pesado que anteriormente la misma Comisión de Codificación llegó a aprobar en 2002 una propuesta *non nata* de Código de las sociedades mercantiles.

De manera más concreta, el índice de la PCM, da cuenta de los diferentes bloques de materias, que se abordan en un título preliminar y siete libros, siendo especialmente voluminosos los dedicados a las sociedades y los contratos mercantiles en particular.

Este índice es el siguiente:

- Título preliminar: ámbito de aplicación (artículos 001-1 y ss.)
- Libro I: Empresario y empresa (artículos 111-1 y ss.)
- Libro II: Sociedades mercantiles (artículos 211-1 y ss.)
- Libro III: Derecho de la competencia y propiedad industrial (artículos 310-1 y ss.)
- Libro IV: Obligaciones y contratos mercantiles en general (artículos 411-1 y ss.)
- Libro V: Contratos mercantiles en particular (artículos 511-1 y ss.)
- Libro VI: Títulos valores y demás instrumentos de crédito y pago (facturas aceptadas y tarjetas) (artículos 610-1 y ss.)
- Libro VII: Prescripción y caducidad (artículos 711-1 y ss.)

En cuanto a la técnica, se ha utilizado un sistema de ordenación y numeración de los artículos que evoca, tanto el

seguido por el Código de comercio francés después de la recodificación de 2000 ⁴⁵, como por el Código uniforme de comercio de los Estados Unidos, con la finalidad de permitir que ulteriores reformas o actualizaciones, no alteren el orden de los preceptos que se mantengan en vigor, haciendo innecesario recurrir a la técnica de reordenación de los textos refundidos.

En ese orden cada artículo va a tener tres dígitos precios, el primero referido al *libro*, el segundo al *título* y el tercero al *capítulo* en donde se ubica el artículo. A continuación, separado por un guión (-) aparece propiamente el número del precepto ⁴⁶.

V. Algunas conclusiones

No es fácil entrar a valorar una propuesta tan compleja como la que aquí se presenta, sin espacio además para examinar en lo concreto las múltiples y variadas reglas que se ofrecen. En una perspectiva general, sin embargo, creo que tiene luces y sombras.

Entre las luces, hay que destacar sin duda el esfuerzo serio de un grupo de especialistas, de abordar la tarea hoy en día casi titánica en un estado desarrollado como es España, de recodificar innovando y actualizando el Derecho mercantil. En particular, creo que este esfuerzo, aun siendo notable en todos los sectores abordados, lo es sobre todo en materia de obligaciones y contratos, donde se ha acometido una parte

⁴⁵ La orden ministerial que efectuó el encargo a la Comisión General de Codificación, señalaba expresamente el sistema francés.

⁴⁶ P. ej.: el artículo 711-1, es el artículo 1.º del libro VII ("De la prescripción y caducidad"), título I ("De la prescripción"), capítulo I ("Normas generales").

general que actualiza con seriedad este sector del ordenamiento, todavía regulado en España en textos procedentes del siglo XIX, con escasas variaciones o actualizaciones⁴⁷. A ello se añade el repertorio de contratos regulados, seguramente el más completo y actualizado en el panorama del Derecho comparado del momento.

También es un acierto que se haya partido, en general, de la mejor experiencia comparada, bebiendo de ordenamientos muy caracterizados en el panorama mundial (alguna influencia ya se ha denotado en las páginas precedentes), e incluso de fuentes internacionales acreditadas, como p. ej., en materia de compraventa, donde la influencia de la convención de Viena es explícita, o transporte, con influencia del CMR (aunque en este caso dicha influencia proceda de la Ley que se recodifica).

Entre las sombras, hay que citar el carácter algo desigual de la regulación, ya que en la PCM conviven regulaciones más o menos sumarias, con otras exageradamente minuciosas. Esto ocurre incluso dentro de un mismo libro, como es el caso de los contratos en particular, donde hay figuras prácticamente solo definidas, con otras reguladas por extenso, sin que aparentemente haya razón que justifique tal discriminación. Seguramente era inevitable en un trabajo colectivo, pero desluce ciertamente el resultado, y en el caso de las regulaciones muy extensas, contradice la necesidad de simplificar un sector del Derecho, como es el mercantil, de suyo sumamente complejo.

Asimismo me parece criticable el tono altamente intervencionista de la vida económica, que en algún punto presenta

⁴⁷ alguna ha habido, no obstante, entre las que cabe destacar las atinentes al comercio electrónico y las condiciones generales de la contratación.

la PCM, particularmente en materia de sociedades, donde se debiera haber dejado un mayor ámbito de actuación a la autonomía privada, sobre todo en la conformación de las llamadas relaciones internas⁴⁸. En el caso de los contratos, sin embargo, este intervencionismo se reequilibra acertadamente, al disponerse en el artículo 411-1 que las normas en la materia, salvo que en ellas se establezca otra cosa, tendrán carácter dispositivo.

Resumen: Este trabajo es una primera aproximación al contenido de la *Propuesta de nuevo Código Mercantil*, elaborada por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, y que pretende tramitarse como Ley en la actual legislatura (que finaliza en noviembre de 2015). Para ello se examinan los antecedentes de la propuesta, las razones que la animan, así como la concepción amplia de Derecho mercantil que mantiene. El trabajo se cierra con una breve referencia a sus partes fundamentales y a la técnica legislativa adoptada, así como con unas conclusiones críticas.

Palabras claves: derecho mercantil; codificación; Código Mercantil; operadores del mercado; unificación del Derecho Privado.

The proposed new Commercial Code in Spain

Abstract: This article constitutes a first approach to the proposed new Commercial Code, presented by the Codification Committee of the Spanish Department of Justice. This proposal is intended to be processed as a Project of Law in the current legislature (it ends in November 2015). The article analyses the precedents, the purposes, the wide conception of

⁴⁸ En relación con el tema del juego que debe reconocerse a la autonomía privada en este ámbito, me remito a las consideraciones que hice en VELASCO SAN PEDRO, L.A.: "¿Institución o contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el derecho de sociedades de capital", en TOBÍO/FERNÁNDEZ ALBOR/TATO (eds.), *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 323 y ss.

Commercial Law underlying this proposal. Finally it ends with a brief reference to its main parts and the legislative technique adopted, as well as with a few critical conclusions.

Keywords: commercial law; codification; Commercial Code; market operators; unification of Private Law.

Luis Antonio Velasco San Pedro
Universidad de Valladolid (España)