

## 10 Claves del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil

El pasado 30 de Mayo el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Esta importantísima norma inició su andadura en noviembre de 2006, cuando el Ministro de Justicia encargó a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil. El Anteproyecto de Ley presenta significativas diferencias con la Propuesta de Código elaborado por la Comisión de Codificación y presentado el 17 de junio de 2013, texto de sólida base académica en el que participaron durante casi trece años un numeroso grupo de reconocidos juristas y que ha sido la base del Anteproyecto pero que, tras el periodo de información pública, en el que se han presentado numerosísimas alegaciones por parte de diversos sectores económicos, colectivos profesionales, despachos de abogados, etc, y tras la «negociación» del mismo con los órganos políticos (los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad), ha sufrido modificaciones. El texto resultante es el aprobado el pasado viernes: 1.726 artículos divididos en un título preliminar y siete libros. Ahora, tras los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Consejo de Estado, entrará en el Congreso para su tramitación como Proyecto de Ley, previsiblemente en octubre de este año 2014. Si se cumple el calendario previsto la Ley estará aprobada para el verano de 2015, aunque su entrada en vigor será paulatina y con una vacatio inicialmente prevista de tres meses, que será prorrogada con gran probabilidad, dado el alcance de la norma y la necesidad de un plazo suficiente de adaptación a la misma por todos los sujetos afectados, que son muchos.

Estas son sus claves más destacadas:

### 1 UN CÓDIGO MERCANTIL PARA LA UNIDAD DE MERCADO

En todo el territorio nacional deben existir unas mismas reglas para todos los participantes del mercado. La unidad de mercado, además de ser una exigencia constitucional, es fundamental desde el punto de vista económico. Tiene que haber unidad en las relaciones contractuales. Que las mismas reglas rijan en todo el país para las operaciones mercantiles, proporciona:

- Seguridad jurídica.
- Confianza para los inversores.

¿Cómo contribuye el Código Mercantil a la unidad de mercado? Delimitando la materia mercantil. Dado que la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado, el nuevo Código Mercantil, clarificando qué es lo mercantil, garantiza que la regulación de las materias incluidas en él será estatal y, por lo tanto, igual en todo el territorio nacional.

### 2 MERCANTIL ES TODO LO QUE ESTÁ, PERO NO ESTÁ TODO LO QUE ES

Si bien todo lo que está incluido en el Código Mercantil es delimitado como mercantil, la regulación de determinadas materias que son también mercantiles ha quedado fuera del Código —al menos de momento— por diversas razones:

- porque eran materias que tenían ya una regulación específica y no se quería dividir la regulación en diferentes textos legales
- en algunos casos la exclusión ha estado motivada fundamentalmente por la complejidad que suponía aunar los intereses de los sectores económicos afectados, difíciles de congeniar y plasmar en un texto de aplicación común, o la realidad de los sectores regulados, que aconsejaba la no inclusión
- en otros casos también ha influido para ser excluidas del Código que, además de ser materias con regulación específica, estaban sometidas a una fuerte intervención administrativa, como es el caso de las operaciones de mercado de valores (supervisadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores) y el derecho de la competencia (supervisado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Esta exclusión de materias es una de las diferencias sustanciales entre el texto del Anteproyecto y el de la Propuesta de Código presentada por la Comisión de Codificación. Finalmente se han excluido de regulación dentro del Código Mercantil:

- El contrato de distribución
- Los contratos turísticos
- Los contratos de transporte, tanto el de transporte terrestre como el de transporte aéreo
- Algunos contratos de garantía (bancarios)
- Las operaciones de mercado de valores (se remite a su normativa específica)
- La regulación de las anotaciones en cuenta (se remite a su normativa específica)
- La regulación de la libre competencia (solo se mantienen en el Anteproyecto dos artículos en materia de competencia que se remiten a la Ley de Defensa de la Competencia, en el texto de la Propuesta de la Comisión era casi todo un Libro, el Libro Tercero)

El Código Mercantil no regula el Derecho marítimo, cuya legislación propia actualmente se encuentra en fase de tramitación parlamentaria (Proyecto de Ley de Navegación Marítima).

Tampoco regula la protección de consumidores y usuarios, que se rige también por su normativa específica (La Ley para la Defensa de los consumidores y usuarios recientemente reformada).

### 3 LOS OPERADORES DEL MERCADO

El concepto de operador de mercado es un concepto fundamental en el Código, mucho más amplio que el concepto de «comerciante» del Código de Comercio y que, por lo tanto, amplía notablemente el conjunto de sujetos cuyas operaciones quedarán reguladas por la normativa recogida en el Código y serán calificadas como mercantiles.

De este modo, el ámbito subjetivo del Código Mercantil comprende a los siguientes operadores del mercado:

- a) Los empresarios. Son empresarios a estos efectos:
  - 1º. Las 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.
  - 2º. Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en la letra anterior.
  - 3º. Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.
- b) Las 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.
- c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

A los efectos del Código, se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas en este artículo.

Y el ámbito objetivo del Código se define también en función de que el sujeto que realiza los actos y contratos sea un operador del mercado:

1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código:

- a) Los 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.

- b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles.
- c) Los actos de competencia en el mercado.

2. Cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores.

## 4 REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES: LA SISTEMÁTICA UTILIZADA

Las sociedades mercantiles se regulan en el Libro Segundo del Código Mercantil.

El Código utiliza una sistemática diferente a la del actual texto de referencia en vigor en esta materia, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en el que se comprenden hasta catorce títulos, rotulados por materias o aspectos del régimen jurídico de esas sociedades, sin mención concreta de los tipos (sociedad anónima o sociedad limitada), para luego especificar y distinguir dentro de cada título las normas que son de aplicación común o general a ambos tipos y las que son de aplicación particular a uno solo de ellos, sea agrupándolas en secciones o subsecciones dentro del correspondiente capítulo, sea manifestando la especialidad en el propio y concreto precepto en el que opere, dependiendo del volumen y alcance de la particularidad en cada caso.

Sin embargo, el Código Mercantil utiliza una sistemática diferente:

- Primero delimita un espacio común, integrado por disposiciones generales aplicables a todas las sociedades mercantiles;
- después diferencia las dos grandes categorías de sociedades: de personas y de capital;
- en cada una de ellas, a su vez, distingue disposiciones comunes y disposiciones propias o especiales de un tipo concreto: de las sociedades comanditarias (en las sociedades de personas) y lógicamente con mucho mayor alcance de las sociedades limitadas y anónimas (en las sociedades de capital), donde también se incorporan en capítulos diferenciados las normas relativas a la sociedad anónima europea domiciliada en España y a la sociedad comanditaria por acciones.
- Junto a este marco básico se ordenan a continuación, y en títulos singularizados, un conjunto de materias que, con independencia de su inserción o aplicación a diversos tipos de sociedad, especialmente de capital, tienen sustantividad propia, como es el caso de las cuentas anuales, la modificación de los estatutos, las modificaciones estructurales, la separación y exclusión de socios, junto con la disolución, liquidación y extinción de sociedades mercantiles, las sociedades cotizadas y las uniones de empresas.

## 5 EL CAPITAL SOCIAL MÍNIMO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

La cifra de capital social mínimo de la sociedad limitada se mantiene igual, en 3.000 euros, pero la cifra de capital social mínimo de la sociedad anónima se ha duplicado, pasando a fijarse en el Código Mercantil en 120.000 euros.

También se incorpora en el texto del Anteproyecto de Ley el supuesto especial de la sociedad limitada constituida con capital inferior al mínimo legal, recientemente introducido por la ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (la «Sociedad Limitada de Formación Sucesiva»).

## 6 LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS Y LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO

Una de las novedades más —digamos— «intensas» que introdujo la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Comisión de Codificación, era la regulación de la sociedad cotizada. Se agrupa en un título dentro del Libro Segundo todo lo específico de este «tipo» de sociedad. El funcionamiento de sus órganos, el régimen del capital, el volumen de capital mínimo, el número de socios y acciones emitidas por la sociedad, especialidades en materia de ampliación de capital y suscripción preferente, etc. y sobre todo especialidades en materia de órganos, en materia de gobierno corporativo.

Sin embargo, durante la elaboración del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil el Gobierno ha aprobado el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

En consecuencia, en el texto del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil se han suprimido las diferencias entre la regulación sobre gobierno corporativo de la Propuesta de la Comisión de Codificación y el Proyecto de Ley que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, transcribiéndose literalmente el texto del Proyecto de Ley en el Código Mercantil.

La tramitación del Proyecto de Ley que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo está previsto que finalice y entre en vigor antes de final de año. Cuando posteriormente se apruebe el Código Mercantil, éste deroga la Ley, ya que la regulación estará ya contenida en el mismo.

## **7 GRUPOS DE SOCIEDADES: CONCEPTO Y REGULACIÓN GENERAL SUSTANTIVA**

Esta también es una materia muy novedosa. En el Derecho español teníamos «pinceladas» en materia de grupos en distintas leyes (competencia, ley concursal, mercado de valores, etc.) y en el Código de Comercio (arts. 42 y ss.), había un régimen de la contabilidad consolidada.

Pero eso no es un derecho sustantivo de grupos, que es lo que regula el Código Mercantil: reglas en materia de funcionamiento del grupo, de publicidad del grupo, de protección de accionistas externos, de responsabilidad del grupo frente a los acreedores de alguna de las sociedades, la obligación de compensar perjuicios a las sociedades dominadas, y en su caso la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante por las deudas de la dominada, etc. Muchas cuestiones que habían sido introducidas a lo largo del tiempo por la jurisprudencia, al resolver cuestiones concretas que habían planteado conflictos en materia de grupos y que ahora, al menos en este entramado sustancial básico, tendrán un reflejo legal.

También define el concepto de grupo de sociedades y los tipos de grupo, recogiendo el Código no solo los grupos «por subordinación» o verticales, de estructura jerarquizada, con sociedad dominante y sociedades dependientes o dominadas, sino también los grupos «por coordinación», grupos horizontales en los que dos o más sociedades independientes actúan bajo una dirección única.

También hay que destacar la regulación en el Código Mercantil del régimen de las uniones de empresa, las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas.

## **8 NUEVO PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD SIN ACTIVO Y TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA EN BLOQUE**

Procedimiento de extinción de sociedad sin activo:

Con el objetivo de solventar las dificultades para proceder a la extinción de la sociedad liquidada en caso de falta de activo, se ha dispuesto un procedimiento más ágil que permite (todavía en el ámbito societario -no concursal y, por tanto, con menores costes-), constatar si hay posibilidades de reintegración patrimonial o de cobertura del déficit que justifiquen una declaración de concurso o si, por el contrario, debe procederse a la extinción y cancelación registral de la sociedad.

Transmisión de la empresa en bloque: El Código Mercantil regula la transmisión de la empresa como conjunto de sus elementos.

La transmisión de la empresa implica la cesión automática de los créditos generados en el ejercicio de la actividad empresarial y el adquirente de la empresa asume todas las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten, respondiendo el transmitente solidariamente con el adquirente de las deudas contraídas con anterioridad a la transmisión.

## **9 CONTRATACIÓN MERCANTIL CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y EL CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA**

La inclusión en el Código Mercantil de las obligaciones y contratos mercantiles ha respondido en gran medida a la necesidad de modernizar este sector de la actividad mercantil que, salvo por la regulación

concreta de algunos contratos aislados, había permanecido hasta ahora al margen del proceso de actualización que ha experimentado el Derecho Mercantil en otros sectores.

La inclusión de las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles obedece a que esas normas son fundamentales para que la legislación mercantil cumpla la función que le corresponde de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico privado. En todo el territorio español las normas contractuales van a ser las mismas. Esta regulación general no es una regulación exhaustiva, solo recoge los aspectos que tienen una incidencia mayor en el contrato mercantil. Además, son normas fundamentalmente de Derecho dispositivo.

En cuanto a la regulación en particular de contratos mercantiles específicos, algunos de los inicialmente regulados en el texto de la propuesta de la Comisión de Codificación se han quedado fuera del Código finalmente (contrato de distribución, transporte terrestre y aéreo, turísticos, etc) pero incluye novedades interesantes, entre las que se pueden destacar:

La contratación electrónica y los contratos de servicios mercantiles en el mundo electrónico:

El Código recoge los grandes principios de la contratación electrónica, como la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalteración del derecho preexistente, etc.

La utilización de medios electrónicos para la contratación no altera el régimen contractual, las obligaciones o pactos para las partes derivadas de la celebración del contrato. Rige el principio de neutralidad de los medios electrónicos. La contratación electrónica obliga a las partes igual que si el contrato se hubiera celebrado por escrito.

Junto a esta regulación general de la contratación electrónica sí se establece algo realmente novedoso:

Se han incluido los contratos de servicios mercantiles dentro del «mundo electrónico». Esta sería la aportación más importante del Código Mercantil en esta materia: a la hora de regular el contrato de servicios mercantiles hay una parte que se refiere a los servicios mercantiles consistentes en servicios dentro de las redes informáticas (contrato para las comunicaciones electrónicas, contrato para el alojamiento de datos), es decir, contratos específicos para el ámbito electrónico que están regulados especialmente.

El contrato de obra por empresa:

Esta es otra importante novedad en el ámbito de la contratación mercantil y cuyo régimen jurídico recoge unos criterios que reflejan claramente la realidad de unos tipos contractuales que tienen una importancia extraordinaria en la práctica del mercado.

El contrato de obra por empresa abarca no únicamente la construcción, reparación o transformación de una cosa, sino también la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes, comprendiéndose en esta idea de resultado no únicamente los resultados «materiales», en el sentido de que sean corpóreos o referidos a «cosas», sino también los resultados puramente intelectuales o inmateriales tales como, por ejemplo, proyectos, informes, dictámenes, prototipos, etc.

## 10 REGULACIÓN DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO

La tarjeta de crédito es un instrumento de utilización generalizada desde hace mucho tiempo pero que no contaba con regulación de base legal, sino que su funcionamiento venía regulado sobre la base de condiciones generales de contratación.

En el Código Mercantil se incluye una regulación básica, como es:

- Las distintas partes que intervienen en las tarjetas de crédito (las entidades emisoras de tarjetas de crédito y las entidades bancarias que utilizan una tarjeta de crédito de una de esas entidades emisoras para facilitar el sistema de pagos con sus clientes).
- Obligaciones básicas, como la de enviar los saldos y operaciones realizadas con la tarjeta y también la obligación que existe por parte de la entidad que emite las tarjetas de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad en la utilización de las mismas.

Es una regulación que «se contenta» con dar lugar a una introducción de las tarjetas dentro de una ley y regular su contenido básico en cuanto a obligaciones para las partes.