

Consejo de Estado: Dictámenes

Número de expediente: 837/2014 (JUSTICIA)

Referencia:	837/2014
Procedencia:	JUSTICIA
Asunto:	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.
Fecha de aprobación:	29/1/2015

TEXTO DEL DICTAMEN

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 29 de enero de 2015, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de una Orden comunicada de V. E., de 31 de julio de 2014 (registro de entrada el 1 de agosto siguiente), el Consejo de Estado en Pleno ha examinado el expediente relativo a un anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

ANTECEDENTES

Primero. Contenido del anteproyecto de Ley

El anteproyecto de Ley que constituye el objeto del expediente remitido a dictamen de este Consejo (al que se aludirá también en lo sucesivo, de modo abreviado, como el "Anteproyecto") está fechado el 31 de julio de 2014 y se inicia con una exposición de motivos, estructurada en nueve capítulos (I a IX).

El capítulo I recoge las consideraciones generales referidas a la proyectada nueva legislación y se divide en once apartados, subdivididos, a su vez, en un total de treinta y nueve subapartados. Los apartados de ese primer capítulo de la exposición de motivos se ocupan de la razón de ser de un nuevo Código Mercantil, la delimitación de la materia mercantil, la estructura sistemática del proyectado nuevo Código, las relaciones entre el Derecho Mercantil y el Derecho de la Competencia, la figura de los operadores del mercado y de los empresarios, las innovaciones de normas sustantivas que presenta el nuevo Código, el Derecho Mercantil y la protección de los consumidores, las obligaciones y contratos mercantiles, los valores, la prescripción y caducidad y la denominación elegida de Código Mercantil en lugar de Código de Comercio.

El capítulo II de la exposición de motivos está dedicado al Libro Primero del proyectado nuevo Código y se estructura en cinco apartados, comprensivos de un total de veintiún subapartados. Esos cinco apartados abordan, respectivamente, la figura del empresario individual, la representación del empresario, la empresa, el Registro Mercantil y la contabilidad de los empresarios.

El capítulo III de la exposición de motivos del Anteproyecto tiene por objeto su Libro Segundo y se estructura en once apartados, que engloban un total de ciento catorce subapartados. Esos apartados explicitan las consideraciones generales de las sociedades mercantiles, la parte general, las sociedades de personas, las disposiciones comunes de las sociedades de capital, las disposiciones propias de cada tipo de sociedades de capital, las cuentas anuales, las modificaciones de estatutos, las modificaciones estructurales, la separación y exclusión de socios junto con la disolución, liquidación y extinción, las sociedades cotizadas, y las uniones de empresas.

Por lo que hace al capítulo IV de la exposición de motivos, se refiere al Libro Tercero del proyectado nuevo Código y se estructura en ocho apartados y en un total de dieciséis subapartados. Esos ocho apartados abordan el Derecho de la Competencia y el moderno Derecho Mercantil, el contenido de ese Libro Tercero, las disposiciones generales del derecho de la competencia, la competencia desleal, las normas sustantivas de defensa de la competencia, los remedios y normas procesales, el mantenimiento de normas diversas para las distintas modalidades de la propiedad industrial y los principios generales para las diversas modalidades de la propiedad industrial, respectivamente.

El capítulo V de la exposición de motivos de la proyectada nueva legislación tiene por objeto su Libro Cuarto y se estructura en nueve apartados, comprensivos de un total de quince subapartados. Los apartados de ese capítulo V tienen por objeto la necesidad de modernización de las obligaciones y contratos mercantiles, la relación con la legislación civil, la regulación de las distintas fases de la relación contractual, la morosidad, las nuevas tecnologías en la contratación mercantil, la contratación en pública subasta y en máquinas automáticas, las condiciones generales de la contratación, las cláusulas de confidencialidad y exclusiva y la cesión de créditos, respectivamente.

En lo que concierne al capítulo VI de la exposición de motivos, se ocupa del Libro Quinto del proyectado Código Mercantil y se articula en dieciocho apartados, que comprenden un total de ciento veintidós subapartados. Tales apartados abordan, respectivamente, la finalidad de ese Libro Quinto, los criterios básicos aplicables a los tipos contractuales regulados, contenido y sistemática del Libro Quinto, la nueva regulación de la compraventa mercantil, la mercantilidad de la compraventa, las obligaciones de las partes en la compraventa, el incumplimiento de la compraventa, la compraventa de inmuebles, las modalidades especiales de compraventa mercantil, los contratos afines a la compraventa mercantil, el contrato de obra por empresa, los contratos de prestación de servicios mercantiles, la cesión y licencia de bienes inmateriales, los contratos de colaboración, el contrato de depósito mercantil, el contrato de transporte, los contratos financieros y el seguro y mediación de seguros.

Aborda el capítulo VII de la exposición de motivos del proyectado nuevo Código Mercantil el contenido de su Libro Sexto, estructurándose en siete apartados y en un total de treinta y dos subapartados. Los apartados se dedican a las nociones introductorias, fundamentos generales, formas de circulación, títulos de crédito, títulos de tradición, valores mobiliarios y tarjetas, respectivamente.

Por lo que hace al capítulo VIII de la exposición de motivos, tiene por objeto el Libro Séptimo del nuevo Código Mercantil y se compone de cuatro apartados, que se ocupan de los aspectos comunes y particulares de la prescripción y la caducidad de las obligaciones mercantiles.

Por último el capítulo IX de la exposición de motivos del nuevo Código Mercantil se ocupa de sus disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales, que son analizadas a lo largo de diez apartados.

Por lo que hace a la parte dispositiva del Anteproyecto, se compone de 1.728 artículos, siete disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales.

El articulado no aparece numerado en la forma tradicional de los textos normativos españoles sino que, con la finalidad de facilitar su modificación y, muy especialmente, la adición de nuevas previsiones, estructura esa numeración sobre la base de recoger un primer dígito dedicado al Libro donde se ubica el precepto, un segundo dígito para identificar el Título donde figura y un tercer dígito que identifica el Capítulo del que forma parte, insertándose, a continuación, un guión y empezando, tras de él, la numeración correlativa de los diversos preceptos que forman parte de cada Capítulo de la proyectada legislación.

Así organizada su numeración, el articulado se estructura en un Título Preliminar y en siete Libros, que responden a la siguiente sistemática y distribución de contenidos:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

TITULO PRELIMINAR-ÁMBITO DE APLICACIÓN (artículos 001-1 a 001-4)

LIBRO PRIMERO.- DEL EMPRESARIO Y DE LA EMPRESA

Título I. Del empresario individual

Capítulo I. De la capacidad y de las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilitaciones (artículos 111-1 a 111-4)

Capítulo II. De la responsabilidad patrimonial (artículos 112- 1 a 112-3)

Título II. De la representación del empresario

Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 121-1 a 121- 11)

Capítulo II. De los apoderados generales (artículos 122-1 y 122-2)

Capítulo III. De los apoderados singulares (artículos 123-1 y 123-2)

Título III. De la empresa

Capítulo I. Nociones generales (artículos 131-1 a 131-6)

Capítulo II. De la transmisión de la empresa (artículos 132-1 a 132-17)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. De la compraventa de empresa Sección 3ª. Del arrendamiento y usufructo de empresa

Capítulo III. De los derechos de garantía sobre la empresa (artículo 133-1) Título IV. Del registro mercantil (artículos 140-1 a 140-15)

Título V. De la contabilidad de los empresarios

Capítulo I. De los libros de los empresarios (artículo 151-1 a 151-9)

Capítulo II. De las cuentas anuales (artículo 152-1 a 152-19)

LIBRO SEGUNDO.- DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Título I. De las normas generales de las sociedades mercantiles

Capítulo I. Disposiciones generales aplicables a todas las sociedades mercantiles (artículos 211-1 a 211-4)

Capítulo II. De la denominación, de la nacionalidad y del domicilio de las sociedades mercantiles (artículos 212-1 a 212-17)

Sección 1ª. De la denominación

Sección 2ª. De la nacionalidad

Sección 3ª. Del domicilio

Sección 4ª. De la página web corporativa

Capítulo III. De la constitución de las sociedades mercantiles (artículos 213-1 a 213-34)

Sección 1ª. De la constitución Sección 2ª. De las aportaciones sociales

Sección 3ª. De la escritura pública de constitución Subsección 1ª. De la escritura pública

Subsección 2ª. De los estatutos sociales

Subsección 3ª. De la cláusula estatutaria de arbitraje

Sección 4ª. De los pactos parasociales

Sección 5ª. De la sociedad en formación

Sección 6ª. De la inscripción de la sociedad

Subsección 1ª. De la inscripción de la sociedad

Subsección 2ª De la nulidad de la sociedad inscrita

Sección 7ª. De la sociedad mercantil no inscrita

Capítulo IV. De los modos de adopción de los acuerdos sociales (artículos 214-1 a 214-16)

Sección 1ª: De la adopción de los acuerdos sociales

Sección 2ª. De la documentación de los acuerdos sociales

Subsección 1ª: Del acta de los acuerdos sociales

Subsección 2ª: Del acta notarial

Subsección 3ª: De la certificación de los acuerdos sociales

Sección 3ª: De la impugnación de los acuerdos sociales

Capítulo V. De la administración de la sociedad (artículos 215-1 a 215-21) Sección 1ª. De la administración de la sociedad

Sección 2ª. De los deberes de los administradores

Subsección 1ª. Del deber de diligencia.

Subsección 2ª. Del deber de lealtad

Sección 3ª. De la responsabilidad de los administradores

Título II. De las sociedades de personas

Capítulo I. Disposiciones comunes (artículos 221-1 a 221-25)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. De la constitución

Sección 3ª. De las cuotas sociales

Sección 4ª. De los beneficios y de las pérdidas

Sección 5ª. De los acuerdos sociales

Sección 6ª. De la administración, de la representación de la sociedad y de las relaciones externas

Sección 7ª. De la posición jurídica de los socios colectivos

Capítulo II. Disposiciones específicas (artículos 222-1 a 222- 7)

Sección 1ª. De la sociedad colectiva

Sección 2ª. De la sociedad comanditaria simple Título III. De las sociedades de capital

Capítulo I. Disposiciones comunes (artículos 231-1 a 231- 108)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. De la constitución

Subsección 1ª. De la escritura y de la inscripción

Subsección 2ª. Del régimen jurídico externo de las sociedades de capital en formación

Subsección 3ª. De las aportaciones sociales

Subsección 4ª. De las prestaciones accesorias

Sección 3ª. De las participaciones sociales y de las acciones

Subsección 1ª. Disposiciones generales

Subsección 2ª: De los derechos de socio

Subsección 3ª. De la transmisión de participaciones y acciones

Subsección 4ª. De los derechos reales sobre participaciones y acciones

Subsección 5ª. De las participaciones y acciones sin voto

Subsección 6ª. De las participaciones recíprocas entre sociedades de capital

Sección 4ª. De la junta general Subsección 1ª. Disposiciones generales

Subsección 2ª. De la convocatoria

Subsección 3ª. De la junta universal

Subsección 4ª. De la asistencia, representación y voto

Subsección 5ª. De la constitución, celebración y adopción de acuerdos

Subsección 6ª. De la adopción de acuerdos sociales por escrito o por medios electrónicos

Sección 5ª. De la administración de la sociedad

Subsección 1ª. De los modos de organización y de la composición

Subsección 2ª. Del estatuto de los administradores

Subsección 3ª. Del consejo de administración

Sección 6ª. De la sociedad unipersonal

Capítulo II. Disposiciones propias de las sociedades limitadas (artículos 232-1 a 232-39)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. De la constitución electrónica de las sociedades de responsabilidad limitada

Sección 3ª. De las participaciones sociales

Subsección 1ª. De las participaciones sociales

Subsección 2ª. De la transmisión de las participaciones

Subsección 3ª. De los negocios sobre las propias participaciones

Sección 4ª. Especialidades de la junta general de la sociedad limitada

Sección 5ª. Especialidades de la administración de la sociedad limitada

Sección 6ª. Especialidades de la sociedad limitada con capital inferior al mínimo legal

Capítulo III. Disposiciones propias de las sociedades anónimas (artículos 233-1 a 233-50)

Sección 1ª. Del capital social

Sección 2ª. De las ventajas de los fundadores

Sección 3ª. De las aportaciones

Subsección 1ª. De la valoración de las aportaciones no dinerarias

Subsección 2ª. De los desembolsos pendientes

Sección 4ª. De las acciones

Subsección 1ª. Del carácter de las acciones

Subsección 2ª. De la representación, sustitución, transmisión y constitución de derechos reales Subsección 3ª. De los negocios sobre las propias acciones

Sección 5ª. Especialidades de la junta general de la sociedad anónima

Sección 6ª. Especialidades de la administración de la sociedad anónima

Capítulo IV. De la sociedad anónima europea (artículos 234- 1 a 234-39)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. Del domicilio social y del traslado a otro Estado miembro

Sección 3ª. De la constitución

Subsección 1ª. Disposición general

Subsección 2ª. De la constitución por fusión

Subsección 3ª. De la constitución por holding

Subsección 4ª. De la constitución por transformación

Sección 4ª. De los órganos sociales

Subsección 1ª. De los sistemas de administración

Subsección 2ª. Del sistema monista

Subsección 3ª. Del sistema dual

Subsección 4ª. Disposiciones comunes

Subsección 5ª. De la junta general

Capítulo V. De las obligaciones (artículos 235-1 a 235-47)

Sección 1ª. De la emisión de obligaciones

Sección 2ª. De las obligaciones convertibles y de las obligaciones canjeables

Sección 3ª. Del comisario

Sección 4ª. Del sindicato de obligacionistas

Subsección 1ª. Disposiciones generales

Subsección 2ª. De la asamblea general de obligacionistas

Sección 5ª. Del reembolso y rescate de las obligaciones

Sección 6ª. De la emisión de obligaciones en el extranjero por sociedad española

Capítulo VI. De las sociedades comanditarias por acciones (artículos 236-1 a 236-3)

Título IV. De las cuentas anuales

Capítulo I. De las cuentas anuales (artículos 241-1 a 241-5)

Capítulo II. De la memoria (artículos 242-1 a 242-3)

Capítulo III. Del informe de gestión (artículo 243-1) Capítulo IV. De la verificación de las cuentas anuales (artículos 244-1 a 244-9)

Sección 1ª. Del deber legal de la verificación de las cuentas anuales

Sección 2ª. Del estatuto jurídico del auditor de cuentas

Capítulo V. De la aprobación de las cuentas (artículos 245-1 a 245-8)

Sección 1ª. De la aprobación de las cuentas en las sociedades de capital

Sección 2ª. De la aprobación de las cuentas en las sociedades de personas

Capítulo VI. Del depósito y de la publicidad de las cuentas anuales de las sociedades de capital (artículos 246-1 a 246-6)

Título V. De la modificación de los estatutos sociales

Capítulo I. De la modificación de estatutos (artículos 251-1 a 251-9)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. De las reglas especiales de tutela de los socios

Capítulo II. Del aumento de capital (artículos 252-1 a 252- 23)

Sección 1ª. De las modalidades del aumento

Sección 2ª. Del acuerdo de aumento

Sección 3ª. De la ejecución del acuerdo de aumento

Sección 4ª. De la inscripción del aumento

Capítulo III. De la reducción de capital (artículos 253-1 a 253-22)

Sección 1ª. De las modalidades de reducción

Sección 2ª. De la tutela de los acreedores

Sección 3ª. De la reducción por pérdidas

Sección 4ª. De la reducción para dotar la reserva legal

Sección 5ª. De la reducción para la devolución del valor de las aportaciones

Sección 6ª. De la reducción mediante la adquisición de participaciones o acciones propias para su amortización

Capítulo IV. De la reducción y aumento del capital simultáneos (artículos 254-1 a 254-3)

Título VI. De las modificaciones estructurales

Capítulo I. De la transformación (artículos 261-1 a 261-19)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. Del acuerdo de transformación

Sección 3ª. De la inscripción de la transformación

Sección 4ª. De los efectos de la transformación sobre la responsabilidad de los socios

Capítulo II. Del traslado internacional del domicilio social (artículos 262-1 a 262-14)
Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. Del régimen legal del traslado

Capítulo III. De la fusión (artículos 263-1 a 263-50)

Sección 1ª. De la fusión en general

Subsección 1ª. Disposiciones generales

Subsección 2ª. Del proyecto de fusión

Subsección 3ª. Del balance de fusión

Subsección 4ª. Del acuerdo de fusión

Subsección 5ª. De la formalización e inscripción de la fusión

Subsección 6ª. De la impugnación de la fusión

Subsección 7ª. De los efectos de la fusión sobre la responsabilidad de los socios

Subsección 8ª. De las fusiones especiales

Sección 2ª. De las fusiones transfronterizas

Capítulo IV. De la escisión (artículos 264-1 a 264-14)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. Del régimen legal de la escisión

Capítulo V. De la cesión global de activo y pasivo (artículos 265-1 a 265-15)
Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. Del régimen legal de la cesión global de activo y pasivo

Capítulo VI. Oposición del gobierno a operaciones transfronterizas (artículo 266-1)

Título VII. De la separación y de la exclusión de socios y de la disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles

Capítulo I. De la separación y de la exclusión de socios (artículos 271-1 a 271-25)

Sección 1ª. De la separación de socios

Sección 2ª. De la exclusión de socios

Sección 3ª. De los efectos de la separación y de la exclusión

Capítulo II. De la disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles (artículos 272-1 a 272-58)

Sección 1ª. De la disolución

Subsección 1ª. De la disolución de pleno derecho

Subsección 2ª. De la disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria

Subsección 3ª. De la disolución por voluntad de los socios

Subsección 4ª. De la disolución de la sociedad de personas a solicitud de un acreedor personal del socio

Sección 2ª. De la liquidación

Subsección 1ª. De la sociedad en liquidación

Subsección 2ª. Del estatuto jurídico de los liquidadores

Subsección 3ª. De las operaciones de liquidación

Subsección 4ª. De la división del patrimonio social

Sección 3ª. De la extinción de la sociedad

Sección 4ª. De la extinción de la sociedad en caso de falta de activo

Sección 5ª. Del activo y del pasivo sobrevenidos

Título VIII. De las sociedades cotizadas

Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 281-1 a 281-3)

Capítulo II. De las especialidades en materia de acciones y de obligaciones (artículos 282-1 a 282-8)

Sección 1ª. De las acciones y obligaciones en general

Sección 2ª. De las acciones con derecho a un dividendo preferente

Sección 3ª. De las acciones rescatables

Sección 4ª. De las acciones en usufructo

Sección 5ª. Del límite máximo de acciones propias

Capítulo III. De las especialidades en materia de órganos sociales (artículos 283-1 a 283-45)

Sección 1ª. De la junta general de accionistas

Subsección 1ª. Disposiciones generales

Subsección 2ª. De las especialidades en la convocatoria de la junta general

Subsección 3ª. Del complemento de la convocatoria y de la presentación de nuevas propuestas de acuerdo

Subsección 4ª. De las especialidades en materia de derecho de información

Subsección 5ª. De las especialidades en materia de asistencia y participación a distancia

Subsección 6ª. De las especialidades en materia de participación en la junta por medio de representante.

Subsección 7ª. De las especialidades en materia de publicidad de los acuerdos

Subsección 8ª. Del reglamento de la junta general

Sección 2ª. Del consejo de administración

Subsección 1ª. Disposiciones generales

Subsección 2ª. De las especialidades de las distintas categorías de consejeros

Subsección 3ª. Comisiones del Consejo de Administración

Subsección 4ª. Especialidades en materia de retribución

Subsección 5ª. Del reglamento del consejo de administración

Capítulo IV. De los pactos parasociales sujetos a publicidad (artículos 284-1 a 284-6)

Capítulo V. De las especialidades en materia de aumento y reducción del capital y de emisión de obligaciones (artículos 285-1 a 285-7)

Sección 1ª. De las especialidades en materia de aumento de capital

Sección 2ª. De las especialidades en materia de reducción del capital

Sección 3ª. De las especialidades en materia de obligaciones

Capítulo VI. De la información societaria (artículos 286-1 a 286-6)

Sección 1ª. De las especialidades en las cuentas anuales

Sección 2ª. Del informe anual de Gobierno corporativo

Sección 3ª. De los instrumentos especiales de información

Título IX. De las uniones de empresas

Capítulo I. De los grupos de sociedades (artículos 291-1 a 291-37)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Subsección 1ª. Del concepto de grupo

Subsección 2ª. De los grupos por subordinación

Subsección 3ª. De los grupos por coordinación

Subsección 4ª. De la aplicación de las normas sobre grupos

Sección 2ª. De la publicidad del grupo

Sección 3ª. Del ejercicio del control y de la responsabilidad

Sección 4ª. De las garantías

Sección 5ª. De los socios externos

Sección 6ª. De la consolidación de cuentas

Subsección 1ª. Del deber de consolidar y excepciones

Subsección 2ª. De las cuentas anuales consolidadas

Subsección 3ª. Del informe de gestión del grupo

Subsección 4ª. De la verificación de las cuentas consolidadas

Subsección 5ª. De la aprobación de las cuentas consolidadas

Subsección 6ª. Del depósito y publicidad de las cuentas consolidadas

Subsección 7ª. De la consolidación voluntaria

Capítulo II. De las agrupaciones de interés económico (artículos 292-1 a 292-17)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. De la constitución de la agrupación de interés económico

Sección 3ª. Del régimen jurídico de las agrupaciones de interés económico

Sección 4ª. De las agrupaciones europeas de interés económico

Capítulo III. De las uniones temporales de empresas (artículos 293-1 a 293-5)

LIBRO TERCERO.- DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Título I. De los principios generales en materia de competencia

Título II. De la competencia desleal

Capítulo I. De la prohibición general de la competencia desleal (artículo 321-1)

Capítulo II. De los actos de competencia desleal (artículos 322-1 a 322-15)

Título III. De la defensa de la competencia (artículos 330-1 y 330-2)

Título IV. De las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia

Capítulo I. De las acciones (artículos 341-1 a 341-4)

Capítulo II. De la represión administrativa de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia (artículo 342-1)

Título V. De los códigos de conducta (artículos 350-1 y 350- 2)

Título VI. De la propiedad industrial (artículos 360-1 a 360- 13)

LIBRO CUARTO.- DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL

Título I. Disposiciones generales

Capítulo I. Del carácter de las normas (artículo 411-1)

Capítulo II. De los deberes en la fase preparatoria del contrato (artículos 412-1 y 412-2)

Capítulo III. De la perfección y modificación del contrato (artículos 413-1 a 413-10)

Sección 1ª. De la perfección del contrato

Sección 2ª. De la modificación del contrato

Capítulo IV. De la interpretación de los contratos (artículos 414-1 y 414-2)

Capítulo V. Del contenido del contrato (artículos 415-1 a 415-4)

Capítulo VI. De la extinción y excesiva onerosidad (artículos 416-1 y 416-2)

Capítulo VII. Del incumplimiento de los contratos (artículos 417-1 a 417-5)

Capítulo VIII. De la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles (artículos 418-1 a 418-6)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. De la morosidad en operaciones entre empresarios y operaciones del mercado

Título II. De las formas especiales de contratación

Capítulo I. De la contratación electrónica (artículos 421-1 a 421-13)

Capítulo II. De la contratación en pública subasta (artículos 422-1 a 422-6)

Capítulo III. De la contratación automática (artículos 423-1 a 423-4)

Título III. De las condiciones generales de la contratación (artículos 430-1 a 430-5)

Título IV. De las cláusulas de confidencialidad y exclusiva (artículos 440-1 y 440-2)

Título V. De la cesión de créditos mercantiles (artículos 450- 1 a 450-8)

LIBRO QUINTO.- DE LOS CONTRATOS MERCANTILES EN PARTICULAR

Título I. De los contratos de intercambio de bienes

Capítulo I. De la compraventa mercantil en general (artículos 511-1 a 511-27)

Sección 1ª. Disposición General

Sección 2ª. De la compraventa de bienes muebles y de bienes inmateriales

Subsección 1ª. De las obligaciones del vendedor

Subsección 2ª. De las obligaciones del comprador

Subsección 3ª. De la transmisión del riesgo

Subsección 4ª. De los derechos y acciones del comprador en caso de incumplimiento del vendedor

Subsección 5ª. De los derechos y acciones del vendedor en caso de incumplimiento del comprador

Sección 3ª. De la compraventa de bienes inmuebles

Capítulo II. De las modalidades especiales de compraventa mercantil (artículos 512-1 a 512-12)

Sección 1ª. De las ventas al gusto o con reserva de aprobación

Sección 2ª. De las ventas a ensayo o prueba

Sección 3ª. De las ventas con precio aplazado

Capítulo III. Del suministro (artículos 513-1 a 513-9)

Capítulo IV. De la permuta mercantil (artículos 514-1 y 514- 2)

Título II. Contrato de obra por empresa

Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 521-1 a 521-4)

Capítulo II. De las obligaciones y derechos del contratista (artículos 522-1 a 522-7).

Capítulo III. De las obligaciones y derechos del comitente de la obra (artículos 523-1 a 523-7).

Capítulo IV. Del riesgo de pérdida o deterioro de la obra (artículo 524-1).

Capítulo V. De la responsabilidad por incumplimiento y prescripción (artículos 525-1 a 525-3)

Capítulo VI. De las modificaciones de la obra (artículos 526- 1 y 526-2)

Capítulo VII. De las causas específicas de extinción del contrato (artículos 527-1 a 527-3)

Título III. De los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales

Capítulo I. De los contratos de prestación de servicios mercantiles en general (artículos 531-1 a 531-8)

Capítulo II. De los contratos para las comunicaciones electrónicas (artículos 532-21 a 532-14)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. Del contrato de servicio de comunicación electrónica

Sección 3ª. Del contrato de alojamiento de datos

Sección 4ª. Otras disposiciones

Capítulo III. De los contratos publicitarios (artículos 533-1 a 533-18)

Sección 1ª. Del contrato de publicidad

Sección 2ª. Del contrato de difusión publicitaria

Sección 3ª. Del contrato de creación publicitaria

Sección 4ª. Del contrato de patrocinio

Sección 5ª. Del contrato de reclamo mercantil (merchandising)

Sección 6ª. Del contrato de permuta publicitaria (bartering)

Capítulo IV. Del contrato de admisión a subasta pública (artículos 534-1 y 534-2)

Capítulo V. Del contrato de cesión de bienes inmateriales (artículos 535-1 a 535-6)

Capítulo VI. Del contrato de licencia de bienes inmateriales (artículos 536-1 a 536-8)

Título IV. De los contratos de colaboración

Capítulo I. Del contrato de comisión (artículos 541-1 a 541- 16)

Sección 1ª: - Disposiciones generales

Sección 2ª. De los derechos y obligaciones del comisionista

Sección 3ª. De las obligaciones del comitente

Sección 4ª. De las causas específicas de extinción de la comisión

Capítulo II. Del contrato de agencia (artículos 542-1 a 542- 31)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. Del contenido del contrato

Sección 3ª. De la duración y de la extinción del contrato

Capítulo III. Del contrato estimatorio (artículos 543-1 a 543- 3)

Capítulo IV. Del contrato de mediación mercantil (artículos 544-1 a 544-6)

Capítulo V. Del contrato de participación (artículos 545-1 a 545-5)

Título V. Del contrato de depósito mercantil

Capítulo I. Del depósito mercantil (artículos 551-1 a 551-19)

Capítulo II. De los depósitos especiales (artículos 552-1 a 552-5)

Sección 1ª. De los depósitos en almacenes generales

Sección 2ª. De otros depósitos especiales

Capítulo III. De los títulos de depósito (artículos 553-1 a 553- 17)

Sección 1ª. De los títulos de depósito

Sección 2ª. El resguardo de garantía (warrant)

Capítulo IV. De la prescripción de acciones (artículo 554-1)

Título VI. Del contrato de transporte

Capítulo I. Del transporte terrestre (artículo 561-1)

Capítulo II. Del transporte marítimo (artículo 562-1)

Capítulo III. Del transporte aéreo (artículo 563-1)

Título VII. De los contratos financieros

Capítulo I. Disposiciones generales (artículo 571-1)

Capítulo II. Del contrato de depósito de dinero (artículos 572- 1 a 572-5)

Capítulo III. Del contrato de préstamo mercantil (artículos 573-1 a 573-14)

Sección 1ª. Del préstamo de dinero

Sección 2ª. Del préstamo de otros bienes fungibles

Capítulo IV. Del contrato de apertura de crédito (artículos 574-1 a 574-5)

Capítulo V. Del contrato de crédito documentario (artículos 575-1 a 575-4)

Capítulo VI. Del contrato de arrendamiento financiero (leasing) (artículos 576-1 a 576-3)

Capítulo VII. De las cesiones financieras de créditos (artículos 577-1 a 577-17)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. Del contrato de descuento

Sección 3ª. Del contrato de factoraje (factoring)

Sección 4ª. Del contrato de confirmación financiera (confirming)

Capítulo VIII. De los contratos de garantía (artículos 578-1 a 578-8)

Sección 1ª. Del contrato de fianza o aval

Sección 2ª. Normas de conflicto

Capítulo IX .Del contrato de cuenta corriente (artículos 579-1 a 579-7)

Título VIII. De los contratos de seguros y de mediación de seguros

Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 581-1 a 581- 23)

Sección 1ª. Preliminar

Sección 2ª. De la conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo

Sección 3ª. De las obligaciones y deberes de las partes

Sección 4ª. De la duración del contrato y de la prescripción

Capítulo II. De los seguros contra daños (artículos 582-1 a 582-52)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. Del seguro de incendios

Sección 3ª. Del seguro contra el robo

Sección 4ª. Del seguro de transportes terrestres

Sección 5ª. Del seguro de lucro cesante

Sección 6ª. Del seguro de caución

Sección 7ª. Del seguro de crédito

Sección 8ª. Del seguro de responsabilidad civil

Sección 9ª. Del seguro de defensa jurídica

Sección 10ª. Del reaseguro

Capítulo III. Del seguro de personas (artículos 583-1 a 583- 31)

Sección 1ª. Disposiciones comunes

Sección 2ª. Del seguro sobre la vida

Sección 3ª. De los seguros de accidentes, de enfermedad, de decesos y de dependencia

Capítulo IV. De la mediación en la contratación de seguros (artículos 584-1 y 584-2)

Sección 1ª. Del contrato de agencia de seguros

Sección 2ª. Del contrato de correduría de seguros

LIBRO SEXTO.- DE LOS TÍTULOS-VALORES E INSTRUMENTOS DE PAGO Y DE CRÉDITO

Título I. De los títulos valores (artículos 610-1 a 610-15)

Título II. De los títulos al portador, a la orden y nominativos

Capítulo I. De la forma de emisión (artículo 621-1)

Capítulo II. De los títulos al portador (artículos 622-1 a 622- 5)

Capítulo III. De los títulos a la orden (artículos 623-1 a 623- 5)

Sección 1ª. De los títulos a la orden

Sección 2ª. Del endoso

Capítulo IV. De los títulos nominativos (artículos 624-1 a 624-5)

Título III. De los títulos de crédito

Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 631-1 a 631- 16)

Sección 1ª. De las clases de títulos de crédito

Sección 2ª. De la determinación de la cantidad

Sección 3ª. Del documento

Sección 4ª. De las declaraciones

Sección 5ª. De los efectos de las declaraciones

Capítulo II. Del libramiento de los títulos de crédito (artículos 632-1 a 632-17)

Sección 1ª. Del libramiento

Subsección 1ª. Del libramiento

Subsección 2ª. Del libramiento del pagaré

Subsección 3ª. Del libramiento de la letra de cambio

Sección 2ª. De la suplencia de las exigencias legales

Sección 3ª. De los efectos del libramiento

Capítulo III. De la transmisión de los títulos de crédito (artículos 633-1 a 633-14)

Sección 1ª. Disposiciones generales

Sección 2ª. De las normas especiales en materia de endoso

Sección 3ª. De los efectos del endoso

Sección 4ª. De la cesión

Capítulo IV. De la aceptación y de la certificación de los títulos de crédito (artículos 634-1 a 634-22)

Sección 1ª. De la aceptación de la letra de cambio

Subsección 1ª. De la presentación de la letra a la aceptación

Subsección 2ª. De la forma y del contenido de la aceptación

Subsección 3ª. De los efectos de la aceptación

Subsección 4ª. Del protesto por falta de aceptación

Subsección 5ª. Del ejercicio anticipado de la acción de regreso

Subsección 6ª. De la presentación obligatoria a la aceptación

Sección 2ª. De la certificación del cheque

Capítulo V. Del aval (artículos 635-1 a 635-10)

Capítulo VI. Del vencimiento del pagaré y de la letra de cambio (artículos 636-1 a 636-5)

Capítulo VII. Del pago de los títulos de crédito (artículos 637-1 a 637-41)

Sección 1ª. De la presentación al pago

Subsección 1ª. De la legitimación activa

Subsección 2ª. De la legitimación pasiva

Subsección 3ª. Del lugar de presentación

Subsección 4ª. Del tiempo de presentación del cheque al pago

Subsección 5ª. Del tiempo de presentación del pagaré y de la letra de cambio al pago

Sección 2ª. Del pago del cheque

Subsección 1ª. Del pago del cheque

Subsección 2ª. Del cheque cruzado

Subsección 3ª. De los cheques especiales

Sección 3ª. Del pago del pagaré y de la letra de cambio

Sección 4ª. Del pago de título de crédito en moneda extranjera

Sección 5ª. Del rescate del título de crédito

Sección 6ª. Del pago parcial

Capítulo VIII. De la falta de pago de los títulos de crédito (artículos 638-1 a 638-34)

Sección 1ª. De las acciones ejercitables

Sección 2ª. De la acción directa

Sección 3ª. De la acción de regreso

Subsección 1ª. De la acción de regreso

Subsección 2ª. Del protesto por falta de pago

Subsección 3ª. Del deber de comunicación del tenedor

Sección 4ª. Del ejercicio de las acciones

Sección 5ª. De la prescripción de las acciones

Sección 6ª. De la pérdida de las acciones

Sección 7ª. De los procedimientos judiciales

Capítulo IX. De la factura aceptada (artículos 639-1 a 639- 89)

Título IV. De los títulos de tradición

Capítulo I. Disposiciones generales (641-1 a 641-3)

Capítulo II. De los títulos de transporte 642-1 y 642-2)

Sección 1ª. Del conocimiento de embarque

Sección 2ª. Del documento de transporte multimodal

Título V. De los valores mobiliarios

Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 651-1 a 651-4)

Capítulo II. De la forma de representación (artículos 652-1 a 652-5)

Capítulo III. De los valores mobiliarios representados por medio de títulos (artículos 653-1 a 653-21)

Sección 1ª. Régimen general

Sección 2ª. De los títulos múltiples

Sección 3ª. De las acciones

Subsección 1ª. De las acciones representadas por medio de títulos

Subsección 2ª. De los resguardos provisionales

Subsección 3ª. De la sustitución de las acciones representadas por medio de títulos

Sección 4ª. De las obligaciones

Capítulo IV. De los valores mobiliarios representados por medio de anotaciones en cuenta (artículos 654-1 a 654-3)

Capítulo V. Del depósito de valores (artículos 655-1 a 655-4)

Título VI. De las tarjetas

Capítulo I. De las tarjetas en general (artículos 661-1 a 661-5)

Capítulo II. Del uso de las tarjetas (artículos 662-1 a 662-3)

Capítulo III. Del contrato de tarjeta (artículos 663-2 a 663-9)

LIBRO SÉPTIMO.- DE LA PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Título I. De la prescripción

Capítulo I. Disposiciones generales (artículos 711-1 a 711-3)

Capítulo II. De los plazos de prescripción (artículos 712-1 a 712-5)

Capítulo III. De la interrupción y suspensión de la prescripción (artículos 713-1 a 713-3)

Título II. De la caducidad (artículos 720-1 a 720-4)

Disposición adicional primera. Gastos de constitución de las sociedades de responsabilidad limitada

Disposición adicional segunda. Documento Único Electrónico (DUE)

Disposición adicional tercera. Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE)

Disposición adicional cuarta. Régimen especial de los derechos y obligaciones de la Hacienda Pública

Disposición adicional quinta. Competencias supervisoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores

Disposición adicional sexta. Cálculo del periodo medio de pago a proveedores

Disposición adicional séptima. Régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito

Disposición transitoria primera. Adaptaciones estatutarias

Disposición transitoria segunda. Sociedades cotizadas

Disposición transitoria tercera. Uniones temporales de empresas

Disposición transitoria cuarta. Aplicación supletoria de la legislación hipotecaria al Registro Mercantil

Disposición transitoria quinta. Contratos de seguro

Disposición derogatoria única. Derogación de normas

Disposición final primera. Modificación del Código Civil

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación de comercio minorista

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, por la que se regulan las sociedades laborales.

Disposición final quinta. Modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Disposición final sexta. Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Disposición final séptima. Modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Disposición final octava. Habilitación al Gobierno.

Disposición final novena. Título competencial.

Disposición final décima. Entrada en vigor.

Segundo. Contenido del expediente

Además del Anteproyecto, la Orden comunicada de V. E. y un índice numerado de documentos, integran el expediente:

a) Una propuesta de borrador del anteproyecto de Ley del Código Mercantil, preparada por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, cuya estructura, contenido y alcance coinciden, en sus términos generales, con los del texto que se ha sometido a dictamen de este Consejo.

b) Diversos documentos e informes remitidos al Ministerio de Justicia durante el trámite de audiencia pública a que se sometió el borrador del anteproyecto recogido en el anterior inciso de este punto segundo de antecedentes.

En concreto, figuran dentro del expediente los siguientes documentos:

- Los comentarios de la Asociación Española de Fabricantes de Automóviles, de 12 de septiembre de 2013, que abordan las previsiones del borrador de Anteproyecto a propósito de la regulación de los contratos de distribución.

- Los comentarios del despacho, de 15 de noviembre de 2013, que contienen una amplia revisión de las previsiones del borrador de Anteproyecto.

- Un documento de 20 de noviembre de 2013, que recoge las observaciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo al borrador de anteproyecto de Código Mercantil, que incluye unas observaciones generales sobre el alcance de esa iniciativa normativa y comentarios diferenciados en torno al régimen de sociedades, normas generales sobre obligaciones y contratos y contratos mercantiles en particular.

Por lo que se refiere a la materia societaria, el documento recoge comentarios referidos a la impugnación de acuerdos sociales, consideraciones generales sobre los grupos de sociedades, retribución de administradores, responsabilidad de administradores, disolución de las sociedades mercantiles y responsabilidad de los administradores, extinción de la sociedad en caso de falta de activo e impugnación de la fusión.

En lo relativo al régimen general de obligaciones y contratos mercantiles, los comentarios se centran en los títulos competenciales, tratamiento metodológico de esa materia y algunas consideraciones sobre el régimen de interpretación de los contratos, perfección del contrato electrónico, condiciones generales de contratación y régimen de cumplimiento y ejecución de los contratos mercantiles.

Por último, y en relación con los contratos mercantiles en particular, el documento analiza diversos criterios que llevan a mantener o suprimir contratos, el régimen de contratación por medios electrónicos, los contratos de colaboración, con especial atención a su regulación unitaria y a los contratos de comisión, agencia, distribución y mediación, los títulos valores y demás instrumentos de pago y crédito, los contratos financieros mercantiles y los contratos de seguro, con comentarios diferenciados sobre su régimen general, seguro contra daños, seguro de personas y mediación en la contratación de seguros.

- Un documento del Consejo General de Economistas de España, de 26 de noviembre de 2013, que recoge diversas sugerencias sobre las previsiones que el borrador del anteproyecto de Ley dedica a la mercantilidad, indicación de tipo societario, arbitraje estatutario, nombramiento de comisario, deberes de los administradores en caso de pérdidas de la mitad de capital, apertura del período de liquidación, cese por retraso en la liquidación, deber de información a los socios, nombramiento de experto por el Registro Mercantil, declaración de concurso, deber de asistencia del auditor a la junta de accionistas, foro electrónico de accionistas, auxilio de expertos, deberes de información de la pertenencia al grupo, incumplimiento de los deberes de información y de inscripción, nombramiento por la junta general y uniones temporales de empresa.

- Un informe del Consejo General de la Abogacía Española, de 27 de noviembre de 2013, que, junto con diversas apreciaciones de carácter más general, formula comentarios sobre el concepto de operadores del mercado; capacidad, prohibiciones, incompatibilidades e inhabilitaciones del empresario individual; responsabilidad patrimonial; representación del empresario; nociones generales sobre la empresa; transmisión de la empresa; Registro Mercantil; contabilidad de los empresarios; modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; sociedades anónimas cotizadas; competencia desleal; contratación por medios electrónicos; propiedad industrial; régimen general de las obligaciones y contratos mercantiles y sociedades mercantiles.

- Unas observaciones de la Agrupación de Depositarios de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones, de 27 de noviembre de 2013.

- Los comentarios de la Asociación Española de Factoring, de 27 de noviembre de 2013, referidos a las cesiones financieras de créditos.

- Un informe que recoge las observaciones de la Asociación Española de Banca, de 28 de noviembre de 2013. El informe destaca la ambición de la iniciativa normativa y centra sus comentarios al respecto en el régimen de las sociedades de capital, con especial atención a las sociedades anónimas cotizadas, disposiciones relativas a los

contratos financieros mercantiles, operaciones en el mercado de valores y títulos valores y demás instrumentos de pago y crédito.

Mediante un documento adicional, de 2 de diciembre de 2013, la Asociación Española de Banca, añadió observaciones a la responsabilidad por apariencia y el ámbito de aplicación de la doctrina del grupo de sociedades.

- Un informe del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, de 29 de noviembre de 2013, que se centra en el Título IV del Libro Primero de ese borrador y en el capítulo II de su exposición de motivos, referido a ese mismo Libro Primero, así como en determinados artículos que afectan al Registro Mercantil a lo largo de los Libros Primero y Segundo del borrador.

El informe recoge diversas observaciones y propuestas de redacción alternativa de los preceptos que comenta.

- Un informe del despacho Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, de una fecha no especificada del mes de noviembre de 2013, que avanza diversas observaciones sobre el Libro Primero (Títulos II, III y V), Libro Segundo (Títulos I y III a IX), Libro Tercero (Títulos I a IV y VI), Libro Cuarto (Títulos I a III y V), Libro Quinto (Títulos I a IV y VII a IX) y Libro Séptimo del borrador de anteproyecto.

- Las observaciones de UNESPA al Libro Cuarto del proyectado Código Mercantil, de noviembre de 2013.

- Un informe del Consejo General del Notariado, de 5 de diciembre de 2013, que, tras unas consideraciones de índole general sobre la iniciativa normativa, formula diversos comentarios más concretos a la representación del empresario con carácter general, apoderados generales y singulares, transmisión de la empresa, Registro Mercantil, convocatoria de la junta de sociedades por la minoría, contratación mercantil y solidaridad en las obligaciones mercantiles, consecuencias del retraso en el cumplimiento, electrificación, contratación en subasta pública, cesión de crédito mercantil, compraventa mercantil de inmuebles, delegación, venta en subasta pública de mercancías, documentación pública, contrato de depósito de dinero, contrato de préstamo mercantil, procedimiento ejecutivo especial de la prenda de valores anotados en cuenta y procedimiento para caso de extravío, hurto y robo de títulos.

- Los comentarios de la Asociación Española de Corredurías de Seguros (ADECLOSE), de 5 de diciembre de 2013, centrados en las previsiones que el borrador de Anteproyecto dedica a los contratos de seguros y de mediación de seguros.

- Las observaciones de la Asociación Española de Leasing y Renting, de 28 de febrero de 2014, centradas en el contrato de arrendamiento financiero.

- Comentarios de Euro 6000, sin fecha, referidos al Título VII del Libro Sexto del borrador, centrado en las tarjetas.

- Un documento de E2000 Asociación, centrado en las previsiones que el borrador de Código Mercantil dedica al contrato de seguro.

- Los comentarios de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, centrados en las previsiones dirigidas al fomento de los códigos de conducta.

- Las observaciones de la Federación Española de Empresas de Distribución a Hostelería y Restauración, sin fecha, referidos al régimen propuesto para los contratos de distribución.

- Las observaciones de SERVIRED a las previsiones del Título VII del Libro Sexto, centradas en las tarjetas.

c) Un anteproyecto de Ley de Código Mercantil, elevado a la consideración del Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 y cuya estructura, contenido y alcance

coinciden, en sus términos generales, con los del texto remitido a dictamen de este Consejo.

d) Un informe del Consejo Económico y Social, de 25 de junio de 2014, que empieza por resumir los antecedentes de la proyectada nueva legislación, su contenido y la documentación que figura en su expediente.

Seguidamente, el Consejo muestra su conformidad con el objetivo principal del Anteproyecto, cual es el de intentar garantizar la unidad de mercado mediante el establecimiento de unas mismas reglas contractuales que rijan en todo el país para las operaciones mercantiles, así como con el hecho de que el proyectado Código aborde la regulación de materias que carecían de normativa aplicable, destacando el hecho de que, a propósito de determinadas materias, el Anteproyecto no incluya modificación alguna y se contente con remitirse a las respectivas leyes sectoriales, como pueden ser los casos del transporte y el turismo.

El Consejo Económico y Social también entiende que un proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital recientemente remitido a las Cortes Generales debería quedar integrado en el nuevo Código y avanza una opinión favorable a la técnica legislativa utilizada para la numeración de los artículos, en la medida en que facilita las ulteriores modificaciones y adiciones.

El Consejo informante también postula una mejora delimitación de la figura de los operadores de mercado, una remisión expresa a la legislación laboral en determinadas materias, salvaguardar las relaciones de la proyectada nueva legislación con el Estatuto de los Trabajadores, una clara delimitación entre el futuro Código y las regulaciones sectoriales aplicables a la propiedad industrial, morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles y legislación societaria.

Finalmente, y tras avanzar un juicio favorable a que el nuevo Código no incorpore normas de protección de consumidores y usuarios y acometa, por el contrario, la definición de los grupos de sociedades, el informe estima insuficiente la aportación del proyectado Código a la mejora de la calificación jurídica de las relaciones de servicios profesionales de socios, administradores y consejeros, postula incluir un tratamiento específico de acceso de las personas con discapacidad a la información pertinente y entiende que las nuevas obligaciones en el ámbito del Registro Mercantil generarán problemas de doble registro y supondrán una carga burocrática añadida a la actividad empresarial.

e) Un informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 17 de julio de 2014, que, tras resumir los antecedentes y contenido del proyectado Código, aprecia, a título de observaciones generales, un riesgo evidente de falta de coordinación entre las previsiones que la proyectada legislación contiene en materia de defensa de la competencia desde la perspectiva sancionadora pública y los criterios sentados en el ámbito europeo por las autoridades de la competencia, lo que le lleva a postular una homogeneización de los conceptos utilizados.

Seguidamente, y dentro del capítulo de observaciones particulares, el informe aborda la autonomía del Derecho de la Competencia; los ámbitos subjetivo y objetivo del proyectado Código; las modificaciones estructurales y el régimen de fusión de sociedades; el concepto de grupo de sociedades; las facultades de intervención del Gobierno en operaciones de fusión; el ejercicio de acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia; las cláusulas potencialmente anticompetitivas; los pactos de no competencia en cesión de empresas; las situaciones de conflicto de interés; los precios de los contratos; las cláusulas de confidencialidad y exclusiva; el contrato de difusión publicitaria; el contrato de agencia; la regulación pro-competitiva del seguro de decesos; el incremento significativo de capital social mínimo de la sociedad anónima; los códigos de conducta; los aspectos relativos a los actos de competencia desleal; el régimen de asunción de deudas en caso de transmisión de empresa; la contabilidad de los empresarios, y la modificación de la Ley de Defensa de los Consumidores para prever límites a la penalización por violación de los compromisos de permanencia.

f) Un informe del Club Español del Arbitraje, de 23 de julio de 2014, que se centra en el régimen del arbitraje societario, postulando que la materia siga siendo regulada por la Ley de Arbitraje y no se traslade al proyectado nuevo Código Mercantil y avanzando un criterio opuesto a la proyectada nueva legislación, especialmente en la prohibición del arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas y en las dificultades que hacen prácticamente imposible introducir ese arbitraje en materia societaria.

g) Un escrito de D. en cuanto vocal de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 29 de julio de 2014, que se muestra contrario a las objeciones avanzadas en el informe del Club Español del Arbitraje y defiende las previsiones que el proyectado Código Mercantil contiene en materia de arbitraje societario.

h) Un informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad, de 25 de julio de 2014, que da cuenta del objeto y contenido del proyectado Código y recuerda su base jurídica, rango y procedimiento de elaboración.

Seguidamente, la Secretaría General Técnica informante avanza, de un lado, observaciones materiales y, de otro, observaciones formales y de técnica normativa, a lo largo de dos grandes apartados en los que se efectúa una revisión de la memoria de análisis de impacto normativo, exposición de motivos y articulado del proyectado nuevo Código.

i) Un informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, de 29 de julio de 2014, que, después de resumir los antecedentes y la estructura y contenido de la proyectada nueva legislación, señala que la misma ha sido elaborada por el Centro Directivo informante, contando con la colaboración imprescindible de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, centrándose, seguidamente, en resumir las modificaciones introducidas en la versión conocida por el Consejo de Ministros en su reunión de 30 de mayo de 2014 (inciso c) de este punto segundo de antecedentes) y en examinar las observaciones formuladas por el Consejo Económico y Social, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad, destacando los motivos que han llevado a aceptar e incluir en el Anteproyecto algunas de las observaciones y propuestas formuladas por tales entidades y, por el contrario, a desechar otras.

j) La memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto, que aparece fechada el 23 de julio de 2014, si bien el índice de documentos del expediente la refiere al 31 de julio de ese mismo año.

La memoria recapitula la necesidad y oportunidad de la proyectada Ley, así como su finalidad y pasa, a continuación, a examinar los aspectos más destacados de cada una de las partes en que se articula.

Por lo que hace al título preliminar, la memoria analiza la delimitación de la materia mercantil mientras que, en relación con el Libro Primero del proyectado Código, centra su examen en el empresario individual; la representación del empresario; la empresa; el Registro Mercantil, y la contabilidad de los empresarios.

En lo que se refiere al Libro Segundo, la memoria desarrolla unas consideraciones generales sobre las sociedades mercantiles y aborda por separado la parte general de las sociedades mercantiles; las sociedades de personas; las disposiciones comunes de las sociedades de capital; las disposiciones propias de cada tipo de sociedades de capital; las cuentas anuales; las modificaciones de estatutos; las modificaciones estructurales; la separación y exclusión de socios y la disolución, liquidación y extinción; las sociedades cotizadas; las uniones de empresa, y las atribuciones a expertos en determinadas operaciones.

En lo que se refiere al Libro Tercero, la memoria examina el Derecho de la Competencia y el moderno Derecho Mercantil; el contenido de ese Libro; sus disposiciones generales en materia del Derecho de la Competencia; la competencia desleal; las normas sustantivas de defensa de la competencia; los remedios y normas

procesales en esa materia; el mantenimiento de normas diversas para las distintas modalidades de la propiedad industrial, y los principios generales para las diversas modalidades de la propiedad industrial.

En lo que concierne al Libro Cuarto, la memoria analiza la necesidad de modernización del régimen de las obligaciones y contratos mercantiles; su relación con la legislación civil; la regulación de las distintas fases de la relación contractual; la morosidad; las nuevas tecnologías en la contratación mercantil; la contratación en pública subasta y en máquinas automáticas; las condiciones generales de la contratación; las cláusulas de confidencialidad y exclusiva y la cesión de créditos.

Pasando al Libro Quinto del proyectado nuevo Código, la memoria dedica una atención por separado a la finalidad de la regulación de los contratos mercantiles en particular; los criterios básicos aplicables a tipos contractuales regulados; el contenido y sistemática de ese Libro Quinto; la nueva regulación de la compraventa mercantil; la mercantilidad de la compraventa; las obligaciones de las partes en la compraventa; el incumplimiento de la compraventa; la compraventa de inmuebles; las modalidades especiales de compraventa mercantil; los contratos afines a la compraventa mercantil; el contrato de obra por empresa; los contratos de prestación de servicios mercantiles; la cesión y licencia de bienes inmateriales; los contratos de colaboración; el contrato de depósito mercantil; el contrato de transporte; los contratos financieros, y el seguro y la mediación de seguros.

Abordando el Libro Sexto, la memoria centra su análisis en las nociones introductorias; fundamentos generales; formas de circulación; títulos de crédito; títulos de tradición; valores mobiliarios y tarjetas.

Para concluir este análisis de los diversos Libros en que se estructura el proyectado nuevo Código, la memoria también avanza diversas consideraciones sobre el régimen de prescripción y caducidad de las obligaciones mercantiles contenido en el Libro Séptimo. La última parte de la memoria se ocupa de analizar la relevancia del Derecho de la Unión Europea en el futuro Código Mercantil, sus favorables consecuencias económicas y presupuestarias, que asocia a la renovación de la regulación aplicable a los operadores de mercado, el nulo impacto que le atribuye por razón de género y el favorable que asocia para las personas con discapacidad, en la medida en que les facilita el ejercicio de la actividad empresarial.

Tercero. Audiencia ante el Consejo de Estado

Remitido el expediente a este Consejo en el estado anteriormente indicado, solicitaron ante él audiencia un conjunto de entidades, a las que le fue concedido ese trámite, abriéndoseles los correspondientes plazos para que formularan sus alegaciones.

Como resultado de ese trámite de audiencia, se han incorporado al expediente las siguientes actuaciones:

a) Un escrito de alegaciones de SERVIRED, Sociedad Española de Medios de Pago, S.A., de 8 de agosto de 2014, que avanza, en primer lugar, un juicio crítico sobre el tratamiento que el anteproyecto de Código Mercantil dedica a las tarjetas, proponiendo suprimirlo (Título VIII del Libro Sexto) y sustituirlo por una remisión en bloque a la legislación sobre servicios de pago.

Con independencia de tal observación de carácter general, el escrito de SERVIRED también contiene apreciaciones más concretas sobre la noción de las tarjetas; su clasificación; las menciones que, como mínimo, debieran contener las tarjetas; la supresión de la exigencia de presentación material de la tarjeta; el deber de comprobación; la autorización de la operación de pago; el uso de la tarjeta por un tercero; la denominación normativa del contrato entre el emisor y el contratante; la regulación general de las obligaciones del emisor; la obligación de satisfacer los cargos que se presenten por el uso de la tarjeta; la supresión de la obligación de comunicar sin demora al titular las operaciones inhabituales; la obligación de información de las operaciones realizadas con tarjeta mediante un resumen al menos mensual; la

impugnación de ese resumen; los deberes de los titulares de las tarjetas; las obligaciones del contratante; la superación del límite de disposición de las tarjetas de crédito; la renovación automática, y la extinción del contrato por desistimiento.

b) Un escrito de alegaciones de la Asociación Española de Banca, de 12 de agosto de 2014, que avanza diversas propuestas y comentarios a propósito de los aspectos que inciden más directamente en sus miembros, como son el régimen de las sociedades de capital y, dentro del mismo, las sociedades anónimas cotizadas, las disposiciones relativas a los contratos financieros mercantiles y los títulos valores y demás instrumentos de pago y crédito.

c) Un escrito de alegaciones de la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), de 26 de agosto de 2014, que, tras avanzar un juicio favorable a esta iniciativa legislativa formula diversas alegaciones con objeto de clarificar su redacción y evitar situaciones futuras de conflicto en materia de seguros, cohesionar la regulación contractual del seguro con los principios que informan la técnica jurídica y aseguradora a través de la regulación nacional y europea en materia de ordenación y supervisión de entidades aseguradoras y adecuar la regulación del contrato de seguro a la regulación general sobre obligaciones y contratos del proyectado Código y a los principios que informan el resto de los tipos contractuales.

A tales efectos, la Asociación alegante formula comentarios a los sujetos y actos inscribibles en el Registro Mercantil; condiciones del contrato de seguro; contenido de la póliza; aminoración de las consecuencias del siniestro; obligaciones del asegurador; excepción del pago de indemnización; intereses moratorios; duración del contrato; suma asegurada; subrogación del asegurador; noción del seguro de responsabilidad civil; defensa jurídica; acción directa; modalidades del seguro de vida; aplicación al seguro de enfermedad de las normas del seguro de accidentes; normas transitorias del contrato de seguro, y modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

d) Un escrito de alegaciones de la Asociación Española de Factoring, de 1 de septiembre de 2014, que propugna incluir en el nuevo Código Mercantil las cesiones financieras de créditos mercantiles en las que sea parte un establecimiento financiero de crédito.

e) Un escrito de alegaciones del Registrador Mercantil Central II, de 9 de septiembre de 2014, que centra sus observaciones en el régimen del Boletín Oficial del Registro Mercantil; la plataforma electrónica central y su aplicación al Registro Mercantil Central, y el fichero localizador de entidades inscritas.

f) Un escrito de alegaciones de la Asociación Española de Corredurías de Seguros (ADECOSE), de 24 de septiembre de 2014, referido a las condiciones del contrato de seguro; contenido de la póliza; obligaciones del asegurador; intereses moratorios; intervención de mediador; duración del contrato; modalidades del seguro de personas, y seguro de enfermedad.

Este escrito de alegaciones vino acompañado de un informe jurídico sobre diversas cuestiones controvertidas del seguro de enfermedad, de 1 de septiembre de 2014, que recoge como tales el riesgo y siniestro en el contrato de seguro de enfermedad y la manifestación de la enfermedad como agravación del riesgo; la modificación por el asegurador de las condiciones económicas del contrato (incremento de la prima no previsto contractualmente, incremento de la prima que suponga una simple actualización prevista contractualmente e incrementos notables de la prima para la siguiente anualidad cuando el asegurado está en situación de enfermedad o se tome en consideración su edad), y la plena cobertura de los tratamientos iniciados antes del vencimiento del contrato, incluso en caso de impago de la prima sucesiva.

Cuarto. Documentación finalmente remitida por el Ministerio de Justicia

Por último, el 8 de octubre de 2014, tuvo entrada en este Consejo un informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 30 de septiembre de 2014, que

empieza por recordar el alcance de la función consultiva de ese Consejo y por avanzar unas consideraciones generales sobre su alcance y contenido.

Seguidamente, el Consejo General del Poder Judicial avanza comentarios más concretos sobre las siguientes materias tratadas en el Anteproyecto:

- La impugnación de los acuerdos sociales, con consideración de los acuerdos impugnables, legitimación pasiva y procedimiento de impugnación.
- Ejercicio del derecho de información en la junta general.
- Impugnación de la fusión.
- Impugnación de la fusión transfronteriza.
- Impugnación de la cesión global de activo y pasivo.
- Disolución y responsabilidad de los administradores.
- Impugnación del balance final de liquidación.
- Acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia.
- Seguro de responsabilidad civil.
- Falta de pago de los títulos de crédito.
- Tarjetas.
- Prescripción y caducidad de las obligaciones mercantiles.
- Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Modificación de la Ley Concursal.

CONSIDERACIONES

A la vista de los anteriores antecedentes, el Consejo de Estado formula las siguientes consideraciones:

Primera. El expediente remitido a dictamen de este Consejo tiene por objeto una iniciativa legislativa tan relevante como es un anteproyecto de Ley del Código Mercantil, que vendría a sustituir a una de las grandes piezas resultantes de la codificación española del siglo XIX, cual es el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885.

La Orden de remisión de V.E. invoca el artículo 21, número 2, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, para fundamentar la consulta a este Cuerpo Consultivo, debiendo recordar que ese precepto incluye entre los casos de consultas preceptivas al Pleno del Consejo de Estado a los "anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo". En esa misma línea, la disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, prevé que "el Consejo de Estado deberá ser consultado sobre las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho comunitario europeo, de conformidad y en los términos establecidos en su propia Ley Orgánica".

A propósito de esta última puntualización, interesa recordar que el criterio que delimita la intervención del Pleno y de la Comisión Permanente de este Consejo respecto de iniciativas de índole normativa que se dirijan a ejecutar, cumplir o desarrollar tratados, convenios o acuerdos internacionales o normas del Derecho de la Unión Europea es el rango de tales iniciativas, de modo que al Pleno le está atribuida competencia para dictaminar respecto de anteproyectos de Leyes (artículo 21, número 2, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado) mientras que la Comisión Permanente

informará de los proyectos de disposiciones reglamentarias de ese mismo origen (artículo 22, número 2, de esa misma Ley Orgánica).

En el concreto caso que ahora se dictamina, y tal y como se desarrollará en ulteriores apartados de estas consideraciones, se dan 2 notas distintas a propósito de la relación del proyectado anteproyecto de Ley con normas de índole internacional:

- En ocasiones, el Anteproyecto integra textos legales preexistentes que procedieron en su día a ejecutar, cumplir o desarrollar las correspondientes normas internacionales. De acuerdo con la naturaleza y exigencias propias de tales normas, esos textos legales procedieron en su día a incorporar determinadas normas internacionales y así lo proclamaron expresamente. Por ello, al pasar a integrarse esos textos en el nuevo Código, desaparecerán tales proclamaciones, lo que no conllevará, en modo alguno, que el Reino de España haya dejado de cumplir las obligaciones que le incumbían en función de las normas internacionales en cuestión, ya que tal cumplimiento se produjo al aprobarse los textos legales que se vienen comentando y seguirá produciéndose como consecuencia de integrarse su contenido en el nuevo Código Mercantil.

Por lo tanto, en este primer grupo de casos, el proyectado nuevo Código es relevante en orden a la ejecución, cumplimiento o desarrollo de las normas internacionales de que se trate. - En otras, el Anteproyecto sí procede a incorporar previsiones de tratados, convenios y acuerdos internacionales y del Derecho de la Unión Europea, de modo que también tiene una indudable relevancia para entender que las correspondientes normas internacionales han quedado ejecutadas, cumplidos y desarrolladas.

En ambos casos, es, pues, necesario, que el Anteproyecto explicité las normas internacionales con la que está vinculado en los términos que acaban de indicarse, lo que deberá ser objeto de la correspondiente disposición final.

En la parte en que el Anteproyecto procede a incorporar o mantener en nuestro Derecho normas de procedencia internacional, su consulta a este Consejo tiene carácter preceptivo en aplicación del ya analizado artículo 21, número 2, de su Ley Orgánica.

No obstante, es importante notar que el proyectado nuevo Código no se agota en esa recepción de normas de índole internacional. En efecto, y tal y como ha quedado ya indicado en antecedentes, el Anteproyecto, empleando la propia terminología de su exposición de motivos, se dirige a dar nuevo vigor al cuerpo normativo que recoge la codificación de la regulación mercantil, sustituyendo para ello al Código de Comercio de 1885 por un nuevo Código Mercantil.

Ese muy ambicioso objetivo exige un trabajo complejo y diversificado que incluye, como principales cuestiones, determinar los criterios con que se estructurará ese nuevo Código, fijar los principios generales que se aplicarán para ordenar su contenido, establecer la relación entre ese contenido y las regulaciones mercantiles especiales que deban quedar fuera de él y fijar las relaciones entre el nuevo Código y las restantes legislaciones que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. El material que obra en el expediente remitido da buena cuenta de ese trabajo, iniciado por la labor llevada a cabo por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y continuado por la ulterior tramitación del borrador preparado por la referida Sección, hasta desembocar en el anteproyecto que se somete ahora a la consideración de este Consejo.

En suma, y con independencia de las aludidas normas de procedencia internacional, el Anteproyecto es fruto de una iniciativa puesta en marcha por el Ministerio de Justicia en aplicación de las funciones que le están reconocidas de preparación de la legislación mercantil, de donde se sigue que, desde ese punto de vista, el Anteproyecto es, parcialmente, un caso de consulta potestativa a este Consejo, en aplicación del artículo 25, número 1, de su Ley Orgánica.

Segunda. Desde el punto de vista del orden con que se ha tramitado el expediente, obran en él:

- El borrador preparado por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (apartado segundo, a), de antecedentes).

- Los escritos de alegaciones presentados durante el trámite de audiencia a que se sometió ese borrador (apartado segundo, b), de antecedentes), suscritos por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Consejo General del Notariado; Consejo General de Economistas de España; Consejo General de la Abogacía Española; Sala Primera del Tribunal Supremo; dos relevantes despachos de Abogados; Euro 6000; E2000 Asociación; Agrupación de Depositarios de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones; Asociación Española de Banca; Asociación Española de Corredurías de Seguros (ADECLOSE); Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial; Asociación Española de Fabricantes de Automóviles; UNESPA; Federación Española de Empresas de Distribución a Hostelería y Restauración; SERVIRED; Asociación Española de Leasing y Renting, y Asociación Española de Factoring.

A ese inicial de trámite ha de añadirse el que se abrió después de que el Anteproyecto hubiera tenido ya entrada en este Consejo y a resultas del cual se incorporaron al expediente las alegaciones formuladas por la Asociación Española de Factoring; Asociación Española de Banca; Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA); SERVIRED, Sociedad Española de Medios de Pago, S.A.; Registrador Mercantil Central II, y Asociación Española de Corredurías de Seguros (ADECLOSE).

- Una versión de la proyectada nueva legislación, considerada por el Consejo de Ministros con ocasión de su reunión del 30 de mayo de 2014 (apartado segundo, c), de antecedentes).

- El informe de Consejo Económico y Social (apartado segundo, d), de antecedentes).

- El informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (apartado segundo, e), de antecedentes).

- Un informe del Club Español del Arbitraje (apartado segundo, f), de antecedentes), referido al arbitraje societario, junto con la contestación de uno de los integrantes de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (apartado segundo, g), de antecedentes).

- El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad (apartado segundo, h), de antecedentes).

- El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (apartado segundo, i), de antecedentes), preceptivo en cuanto departamento ministerial proponente (artículo 24, número 2, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).

El informe recoge que el aludido Centro Directivo es el autor de la nueva legislación, lo que, unido a haberse emitido con el carácter de informe final que le atribuye la legislación, le ha llevado a pronunciarse acerca de las observaciones formuladas por los órganos preintervinientes, avanzando las razones a que responde haber aceptado varias de ellas - incorporándolas al proyectado nuevo Código- y desechado las restantes, criterio que este Consejo valora siempre muy positivamente.

- La memoria de análisis del impacto normativo de la proyectada nueva legislación (apartado segundo, j), de antecedentes), que cumplimenta el requisito previsto por el artículo 24, número 1, b), de la Ley del Gobierno.

- El informe del Consejo General del Poder Judicial (punto cuarto de antecedentes), preceptivo en cuanto la proyectada legislación se refiere a materia procesal (artículo 108, número 1, e), de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Por último, y en lo que concierne a la tabla de vigencias y derogaciones derivadas de la proyectada legislación, es objeto de la disposición derogatoria del proyectado nuevo Código.

Desde el punto de vista de la adecuada tramitación y adecuación procedimental del expediente que ahora se dictamina, el conjunto de actuaciones que acaba de resumirse debe valorarse con dos criterios: las exigencias procedimentales que nuestro ordenamiento jurídico marca para ese tipo de expedientes y la índole de la proyectada legislación.

Por lo que hace al primero de esos criterios, las actuaciones remitidas incluyen los trámites y elementos preceptivos que han de reunirse para preparar un proyecto de nueva legislación. Y, en lo que atañe a la índole de la proyectada legislación, su enorme relevancia conlleva que pueda prepararse de muy distintas formas, de modo que existen muy diferentes enfoques respecto de las actuaciones, consultas, intervenciones y participaciones que deben recabarse para ello. En todo caso, las que se han acordado en el presente caso reúnen el adecuado nivel de competencia, dedicación, tiempo y reflexión. En ese sentido, este Consejo valora muy positivamente la decisión de encomendar a la correspondiente Sección especializada de la Comisión General de Codificación la preparación del primer borrador del nuevo Código Mercantil, ya que ello ha permitido contar con el necesario elenco de expertos y estudiosos, reunidos en un foro donde se han planteado modernamente diversas iniciativas de índole codificadora respecto de la legislación mercantil. Sin perjuicio de ello, y en atención a las consideraciones que posteriormente se desarrollarán a propósito de la mejor inserción del proyectado nuevo Código Mercantil en nuestro ordenamiento jurídico y, muy especialmente, de las relaciones que deben trazarse entre la legislación civil y la mercantil, este Consejo echa en falta que la preparación de ese nuevo Código no haya contado con la participación de expertos en legislación civil, máxime cuando son públicos los valiosos materiales y trabajos que están disponibles al respecto, a los que habrá ulteriores ocasiones de mencionar.

En todo caso, y tal y como se desarrollará en los ulteriores apartados de la presente consulta, este Consejo entiende que el proyectado nuevo Código Mercantil debe ser todavía objeto de algunas importantes reflexiones. En consecuencia, el referido concurso multidisciplinar tiene todavía posibilidades de llevarse a cabo y contribuirá al mejor fin de la proyectada legislación.

Hechas las anteriores puntualizaciones, y entendiendo que se han respetado las exigencias de índole procedimental aplicables a la preparación de la iniciativa legislativa que ahora se dictamina, puede pasarse ya a analizar las cuestiones de fondo que suscita el proyecto de nuevo Código Mercantil.

Tercera. Conviene empezar por destacar que, a la vista del muy valioso trabajo que trasluce tras el material reunido en el expediente, la presente consulta se centrará en el resultado del mismo, es decir, en el Anteproyecto, sin pretender explorar cuestiones que afectan a la legislación mercantil pero que son ajenas a las que se han tenido en cuenta para preparar el proyectado nuevo Código Mercantil. El examen del texto remitido a dictamen de este Consejo permitirá abordar las observaciones más relevantes que se hayan efectuado a lo largo de la tramitación del expediente, especialmente las que afecten a las grandes orientaciones y posiciones adoptadas por el proyectado nuevo Código Mercantil. Por el contrario, se prescindirá de examinar detenidamente todas las aportaciones efectuadas a lo largo de la preparación de ese texto.

Junto a ello, y consecuente con la función que le está constitucionalmente asignada, el Consejo de Estado examinará el Anteproyecto con la intención de asesorar sobre el mejor modo de alcanzar los objetivos que se propone, es decir, el relanzamiento del papel que debe jugar el Código de lo mercantil dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Concretando los términos de ese análisis, y con la finalidad de que las observaciones que formula puedan fácilmente contrastarse con los términos de la proyectada legislación, el presente dictamen seguirá el mismo orden y sistemática del

Anteproyecto, de modo que dedicará un apartado diferenciado de sus consideraciones a examinar cada uno de los 7 Libros en que está estructurado, englobando en el examen las disposiciones complementarias afectadas.

Antes de iniciar ese examen pormenorizado, la consulta efectuará, con carácter preliminar, algunas observaciones de índole general sobre el contexto en que se desenvuelve la proyectada codificación mercantil, su alcance, los objetivos que persigue, las coordenadas en las que se inserta y la técnica jurídica que emplea.

Cuarta. Tal y como acaba de indicarse, con carácter previo al análisis de las concretas previsiones del proyectado nuevo Código, conviene enmarcar los comentarios particularizados que posteriormente se efectuarán con alguna reflexiones de índole general.

A) El nuevo contexto de la proyectada codificación mercantil

Las consideraciones generales de la exposición de motivos del Anteproyecto dan cuenta de la razón de ser de un nuevo Código Mercantil tras 130 años desde la promulgación del vigente Código de Comercio e indican que, tras una larga era de cambios profundos y acelerados, son muchas las razones que imponen la sustitución de ese Código de Comercio, que no ha perdido vigencia pero sí vigor y cuya inadecuación a la realidad política y económica ha intentado salvarse a través, unas veces, de la modificación de su articulado y, otras, las más, a través de leyes especiales reguladoras de materias no contempladas en el Código, o derogatorias de parte de éste, lo que ha provocado un progresivo vaciamiento del Código y una dispersión normativa de efectos muy negativos para la seguridad jurídica y para la realidad del mercado. Partiendo de tal apreciación, la exposición de motivos entiende que es aconsejable una clara delimitación de la legislación mercantil y la integración de la correspondiente regulación en "un mismo código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional", siguiendo el modelo del Code de Commerce francés de 2000, lo que supone la recodificación de la legislación especial dispersa en un único cuerpo legal integrador.

Enunciado, así, el significado último de esa nueva codificación mercantil, entiende este Consejo que, sin necesidad de entrar en un examen detallado y pormenorizado de la cuestión, sí conviene recordar el contexto histórico, ideológico y social en que tuvo lugar la codificación mercantil que plantea ahora actualizarse.

Sabido es, en ese sentido, que los códigos decimonónicos sirvieron a la idea de conseguir unos textos legales completos, generales, abstractos y racionalmente ordenados a partir de unos principios inspiradores de carácter general. Su objetivo último fue asegurar la certeza del Derecho aplicable a determinados campos, aunque el contenido de los cuerpos normativos que se produjeron consolidó buena parte de las normas preexistentes.

Por otra parte, ese proyecto normativo se produjo en una etapa presidida por la consolidación de la ideología liberal y de la sociedad y democracia burguesas y en un contexto de estabilidad económica y social, para la que eran especialmente valiosos los objetivos de contar con legislaciones uniformes, completas y seguras. En concreto, la existencia de unos códigos unitarios y derivados de unos principios sistemáticamente desarrollados suponía que las actividades más características de la sociedad de ese tiempo se desarrollarían en unas condiciones radicalmente distintas de las que caracterizaron al Antiguo Régimen y simbolizaba y servía a la preeminencia de la sociedad burguesa.

Hecho ese sintético recordatorio, tampoco es necesario un amplio desarrollo para destacar las claras diferencias que presenta el actual contexto social y económico en el que deberá desenvolverse la propugnada nueva codificación mercantil.

Basta, a tales efectos, con apuntar tres grandes frentes de modificación:

- En primer lugar, han de tenerse presentes las profundas transformaciones ideológicas, sociales y económicas acaecidas a lo largo del siglo XX, el triunfo de los

modelos de las democracias representativas, con integración de todas las clases sociales, las rápidas transformaciones de la sociedad por la movilidad y la diversificación de grupos y estatus sociales y las radicales modificaciones del contexto en que se desenvuelven las actividades económicas. Esos datos explican que el comentado ideal de unos Códigos generales, completos y abstractos haya perdido centralidad y que la regulación del tráfico haya tenido que afrontar una realidad social y económica en permanente transformación, en la que nuevas actividades y relaciones económicas han hecho necesario crear y regular nuevas instituciones y relaciones jurídicas.

- En segundo lugar, el panorama de la legislación mercantil ha incorporado una acusada internacionalización y globalización.

Por de pronto, y sin desconocer las relaciones históricamente existentes entre agentes del tráfico y comercio situados en distintos ámbitos territoriales y entre sus respectivas regulaciones, la cuestión se ha situado actualmente en otras dimensiones. En concreto, los niveles alcanzados por la interrelación de agentes procedentes de distintos ámbitos internacionales ha abierto nuevos campos de desenvolvimiento para los usos mercantiles y ha permitido que adquieran una enorme relevancia las reglas, prácticas y modelos acuñados en el tráfico y comercio internacionales, que son frecuentemente aplicados por árbitros supranacionales y especializados en la materia, brindando una eficaz respuesta a las exigencias de la globalización de los mercados. Desde una distinta óptica, aunque también referida a la internacionalización de las actividades económicas y a sus consecuencias para la regulación mercantil, la inserción de España en el ámbito económico europeo y su pertenencia a la Unión Europea sitúa a nuestra legislación mercantil en un contexto profundamente novedoso. En concreto, se ha asistido a la aparición de un nuevo ordenamiento jurídico, el Derecho de la Unión Europea, del que forman parte normas eficaces y aplicables entre nosotros y cuya relevancia en el ámbito mercantil no necesita ser enfatizada.

- Por último, y en gran parte como consecuencia del ya indicado cambio de contexto histórico, ideológico, social y económico, la renovada codificación mercantil ha de referirse a un mercado esencialmente distinto del que tuvo en cuenta la primera codificación mercantil, la que se llevó a cabo en el siglo XIX.

En ulteriores apartados del presente dictamen habrá ocasión de entrar a considerar la relevancia que la regulación del mercado tiene para afrontar distintos aspectos, más o menos concretos, del propugnado nuevo Código Mercantil.

Ahora, y en una perspectiva más general, es especialmente importante reseñar que la economía de mercado a la que se refiere la exposición de motivos del Anteproyecto tiene hoy, por mandato constitucional, una característica de "social". Esa nota procede de varias fuentes y, a su vez, tiene múltiples consecuencias. La que ahora debe destacarse es que la realidad de nuestro mercado es la de un mercado "regulado", no en el sentido decimonónico de mercado con una reglas preestablecidas y de carácter general para que fuesen conocidas por todos los agentes, sino de mercado en el que, junto con esa regulación - básicamente jurídico-privada-, existe una multiplicidad de normas jurídico- públicas, que sirven a muy distintos objetivos y que ofrecen un panorama regulatorio por completo desconocido para un enfoque propio de una economía liberal de mercado.

Sin que sea tampoco necesario entrar ahora en una consideración detallada de esta cuestión, sí conviene destacar, a título de ejemplo muy característico, la aparición de los llamados "sectores regulados", que agrupan varias de las áreas más relevantes del tráfico económico y en los que, junto a las regulaciones jurídico-privadas, existe una diversidad de regulaciones jurídico-públicas, que inciden en cuestiones tan diferentes y relevantes como son los requisitos de autorización previa exigidos imperativamente a los agentes económicos, sus regímenes de solvencia económica, mecanismos públicos de control de los precios que apliquen, condicionamientos en las relaciones contractuales con su clientela...

En algunos casos, esos sectores regulados diferencian en cuerpos normativos separados sus regulaciones más genuinamente privadas y públicas, como puede ser el

caso del sector de seguros, donde se cuenta con una Ley que regula el contrato de seguro y con un texto legal diferenciado, que detalla el régimen de ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras, confiado a normas y órganos jurídico-públicos. Esa decisión de contar con dos instrumentos normativos de rango legal en el sector de seguros acaba de actualizarse con la reciente aprobación de un nuevo proyecto de Ley de ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras al que acompañaría el proyectado nuevo Código Mercantil. Pero no faltan también casos en los que el sector regulado cuenta con un texto legal en el que coinciden regulaciones de aspectos jurídico-privados y de aspectos jurídico-públicos, como sería el caso del mercado de valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).

De todo ello resulta que es inexacto hablar, hoy en día, de "un" mercado y que, por el contrario, es mucho más preciso tomar en consideración la existencia de "unos" mercados, cada uno de los cuales tiene notas distintivas aunque apliquen la matriz compartida de ser escenarios abiertos a la concurrencia de proyectos e iniciativas a cargo de los agentes económicos.

Pues bien, es claro que la renovada codificación mercantil que ahora se dictamina no puede desconocer la actual configuración de esa economía de mercado y, en modo alguno, puede ser vista, entendida o articulada como una vuelta a una ya pasada configuración del mercado, fuera o ajena al marco constitucional que ha de inspirarlo.

B) El alcance de la proyectada codificación mercantil

El nuevo contexto en el que habrá de desenvolverse la nueva codificación mercantil tiene consecuencias muy relevantes sobre su alcance. En concreto, frente a la ya comentada idea de formar un texto completo y general de toda la codificación mercantil, el Anteproyecto delimita la materia que propugna integrar en el nuevo Código Mercantil utilizando diversos enfoques, que conviene examinar por separado para valorar las consecuencias que comportan.

En concreto, y por lo que hace al material que pudiera ser objeto de codificación, se identifican los siguientes criterios:

- En primer lugar, se ha optado por incluir en el nuevo Código la regulación de diversas materias huérfanas hasta el momento de una disciplina legal de naturaleza mercantil. Ejemplos muy significativos de ello se encuentran en la regulación de los diversos contratos mercantiles, que ha incorporado una disciplina de nuevo cuño del contrato de suministro, diversas modalidades de contratos financieros y contratos para las comunicaciones electrónicas.

Esa primera orientación general del proyectado Código merece un juicio favorable, en la medida en que responde al intento de ofrecer al tráfico mercantil una legislación armónica, completa y sistemática de realidades ya consolidadas y cuya utilización tiene claras posibilidades de ampliarse, para lo que será útil dotarlas de una sólida regulación legal.

- En segundo lugar, el Anteproyecto opta por incorporar regulaciones que se encuentran actualmente recogidas en textos legales ajenos y distintos del Código de Comercio, orientación que afecta a materias muy diferentes entre sí, como son entidades mercantiles (agrupaciones de interés económico), instrumentos mercantiles (cheque y pagaré), contratos (seguro y agencia) o normas generales de actuación en el mercado (competencia desleal). En algunos casos, esa recepción es plena, con la consiguiente derogación de esos textos legales actualmente separados del Código de Comercio (como son los casos de las Leyes de los Contratos de Seguro y de Agencia o de la Ley de la Competencia Desleal), mientras que, en otros, se trata de recoger parte del contenido de los textos legales en cuestión (como es el caso de la Ley General de Publicidad, de la que se extrae la regulación de los contratos publicitarios).

A juicio del Consejo de Estado, esta separación de normas puede ser disfuncional y generar problemas de inseguridad o incertidumbre jurídica. Es doctrina reiterada del Consejo de Estado que cada regulación debe encontrar su lugar en el texto más

adecuado, que debe tener una cierta vocación de completitud. A lo largo del dictamen se verán las dificultades que crea esa opción de reparto de normas entre el futuro Código y la legislación específica de la materia.

Mención individualizada merece en este punto la regulación societaria. Es sabido que, junto con la pervivencia en el Código de Comercio de diversas normas sobre figuras societarias propias del histórico tráfico mercantil, como son las sociedades personalistas (sociedad colectiva y sociedad comanditaria), nuestro Derecho mercantil se decantó hace ya tiempo por dotarse de textos legales independientes dedicados a la pujante y dominante figura de las sociedades de capital. Tras la regulación por separado de las sociedades anónimas y sociedades limitadas, el último impulso de nuestra más reciente legislación mercantil se inclinó por aprobar una regulación unitaria de esas sociedades de capital (la Ley de Sociedades de Capital).

Partiendo de ese estado de cosas, el Anteproyecto se aparta de esa orientación y propugna por insertar en el futuro Código Mercantil toda la regulación de las sociedades mercantiles (Libro Segundo), lo que está en línea con previos intentos, que contaron también con la intervención de la Comisión General de Codificación, de contar con una codificación mercantil en materia de sociedades.

Esa orientación del Anteproyecto merece a este Consejo un juicio positivo ya que situaría en el nuevo Código Mercantil una disciplina unitaria, armónica y sistemática de una realidad absolutamente capital para el tráfico mercantil, como son las fórmulas societarias.

- En tercer lugar, existen otros ámbitos en los que el Anteproyecto opta por mantener la actual situación de contarse con una regulación situada extramuros del Código de Comercio, como es el caso del contrato de transporte, respecto del que el Anteproyecto se limita, escuetamente, a remitirse a la legislación específica (artículos 561-1 a 563-1).

En la medida en que se trata de una disciplina de materias plenamente consolidadas en el tráfico mercantil, la opción del Anteproyecto priva de la posibilidad de aplicarles los principios generales, armónicos y sistemáticos a los que debe responder, lo que supone una cierta quiebra de los objetivos a los que responde el clásico propósito codificador. No obstante, y en ausencia de mayores explicaciones por parte de la exposición de motivos del Anteproyecto y de la memoria de análisis de su impacto normativo, el Anteproyecto ha tenido probablemente en cuenta que se está ante unos tipos contractuales bien delimitados y dotados de una regulación bien conocida, a los que ese contraste con unos principios de índole general podría no tener una contribución demasiado relevante. Tampoco puede descartarse que la diversidad de competencias y regulaciones concurrentes en tales ámbitos haya aportado resistencias a situar parte de su legislación en un instrumento normativo (el Código en materia mercantil) que, hasta el momento, era a ellos ajeno.

Una nueva mención por separado ha de hacerse a propósito de la legislación concursal, que no aparece abordada en el nuevo Código Mercantil, con lo que se mantiene la figura separada de la vigente Ley Concursal.

Se trata de una materia que sí formaba parte de nuestro Código de Comercio, pero a la que, por necesidades perentorias, fueron añadiéndose diversas regulaciones externas que desembocaron, finalmente, en elaborarse una legislación enteramente nueva y situada fuera del Código de Comercio, cual es la referida Ley Concursal.

En este concreto caso, la modernidad de esa legislación diferenciada y la diversidad de aspectos en ella incluidos (sustantivos, jurisdiccionales y procedimentales) han pesado, con toda probabilidad, en la decisión mantener el actual estado de cosas. A ello puede añadirse que la materia concursal deriva de unos principios y aplica unos criterios que están bien identificados y que son propios y específicos de ella. Por último, también es de tener en cuenta que la Ley Concursal efectuó una unificación de los institutos que tradicionalmente se aplicaban por separado entre nosotros a propósito de la insolvencia

en los ámbitos mercantil y civil, de modo que la legislación concursal no puede calificarse, en términos estrictos, de legislación exclusivamente mercantil.

Por todo ello, este Consejo no aprecia motivos esenciales para cuestionar la orientación del Anteproyecto en este punto.

- En cuarto lugar, figuran los casos en que el proyectado nuevo Código Mercantil se encuentra con textos legales que incluyen previsiones mercantiles, junto con otras normas de distinta naturaleza. Es el caso paradigmático de la legislación de protección de consumidores y usuarios, que deriva de diversos títulos estatales además del relativo a la legislación mercantil (disposición final primera del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). En este caso, el proyectado nuevo Código se inclina expresamente (así lo explican su exposición de motivos y memoria de análisis de su impacto normativo) por respetar esa legislación extramuros, lo que tiene su apoyo en seguir contando con una Ley General, que recoja la globalidad de las previsiones aplicables a esa materia, en lugar de desgajar de la misma sus previsiones de índole mercantil. A juicio de este Consejo, y ante la relevancia de ofrecer a todos los interesados (empresas, consumidores y usuarios,...) una regulación fácilmente aplicable, esa opción de política legislativa resulta acertada.

Debe quedar claro, no obstante, que ese tratamiento diferenciado de la legislación de protección de consumidores y usuarios es cuestión distinta de la adecuada delimitación de los derechos y obligaciones que corresponden a las partes intervinientes en los contratos de los que se ocupa el proyectado nuevo Código Mercantil. Tal puntualización desborda, con mucho, los contornos del Anteproyecto, ya que afecta a la regulación general de obligaciones y contratos -propia de la legislación civil- y afecta, por tanto, a una cuestión sobre la que se volverá inmediatamente a continuación en la presente consideración de este dictamen, cual es la acotación de la legislación mercantil y sus relaciones con la legislación civil.

En todo caso, y por lo que se refiere al estricto ámbito de la iniciativa legislativa que ahora se aborda, la correcta y precisa delimitación de los derechos y obligaciones de quienes serán partes en los contratos es especialmente importante ya que el proyectado nuevo Código Mercantil afecta a varias figuras capitales de nuestra actual regulación de obligaciones y contratos y trata, por primera vez, algunos contratos que eran atípicos hasta el momento.

Obviamente, en esa delimitación de derechos y obligaciones, el proyectado nuevo Código Mercantil deberá tener en cuenta los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección de los clientes, especialmente en los casos de las previsiones que la nueva legislación dedique a la contratación en masa, destinada a una pluralidad extensa de destinatarios.

- Por último, están los casos en que, existiendo actualmente legislaciones ajenas al Código de Comercio, el proyectado nuevo Código Mercantil se inclina por incluir en él algunas previsiones o normas de carácter general al respecto, remitiéndose, en lo restante, a esas legislaciones externas. Con ello, el proyectado nuevo Código contaría con una suerte de parte general a propósito de tales materias, que se complementarían con las correspondientes partes especiales, objeto de esas otras regulaciones. Es, por ejemplo, el caso de la propiedad industrial.

Estando, desde luego, al alcance de las orientaciones abiertas a la nueva reflexión que el Anteproyecto hace acerca de la codificación mercantil, esa orientación suscita dudas, que se refieren, en primer lugar, a la dificultad de extraer unos "principios generales" de legislaciones ajenas al Código en materia mercantil y elaboradas en momentos históricos bien diferentes. Pero es que, además, esa suerte de parte general se enfrenta con el hecho de que las legislaciones especiales pueden ser objeto de modificaciones parciales, que deriven de nuevas necesidades o fenómenos a considerar y que respondan a principios o criterios no siempre uniformes. En tales casos, esas modificaciones exigirían identificar correctamente los concretos cambios a introducir en las legislaciones especiales y, al mismo tiempo, a ponerlos adecuadamente en relación

con los principios generales contenidos en el Código Mercantil, lo que añadiría complejidad a las revisiones normativas en cuestión. Por último, y en la medida en que los cambios que afectasen a las legislaciones especiales pudieran no tener que generalizarse, se podría llegar a privar de utilidad o de alcance verdaderamente general a los principios y normas generales que figurasen en el Código Mercantil.

De todo ello se sigue, pues, que una codificación mercantil en el momento presente reviste un significado y tiene un alcance bien distinto de la que se llevó históricamente a cabo entre nosotros y en otros países de nuestro entorno, en la medida en que parte de un distinto material a revisar, con una falta de unidad de valores y criterios y, además, debe tener en cuenta que existen múltiples regulaciones que se han desenvuelto, por motivos muy diferentes entre sí, extramuros del Código histórico que va ahora a revisarse, que responden a lógicas propias, y que carecen de la estabilidad y permanencia que requiere su inclusión en un texto codificado.

También incide en el alcance de la proyectada codificación, aunque desde otro punto de vista, el tratamiento que el Anteproyecto dedica a las materias que ha seleccionado de acuerdo con los enfoques que acaban de indicarse.

En ese sentido, y partiendo del tratamiento normativo que tienen actualmente esas materias, la función refundidora que el Anteproyecto acomete supone que se amplían las dimensiones del actual Código de Comercio y, además, que se integran en él normas minuciosas y concretas, algunas de las cuales podrían ser objeto de regulación reglamentaria.

Con ello, y tal y como se indicó al comienzo de la presente consideración, el proyectado Código se acercaría al modelo del Code de Commerce francés de 2000, si bien debe tenerse en cuenta que ese modelo codificador francés no responde, en realidad, a la idea tradicional de Código, en el sentido de cuerpo normativo de rango legal que recoge la regulación general y central de determinada materia, sino que es un instrumento normativo original, más próximo a nuestros textos refundidos, que trata de brindar a los usuarios un texto único que recopila todas las normas que regulan un determinado sector del ordenamiento, recogiendo, de una manera orgánica y sistemática y en un único texto oficial, todo el material normativo vigente, e incluyendo con frecuencia no sólo prescripciones de rango legal, sino también de rango reglamentario.

Siendo ello así, y dado que es notorio que nuestro ordenamiento jurídico no cuenta, actualmente, con un instrumento de tales características, entiende este Consejo que debería considerarse un aligeramiento del proyectado Código Mercantil, extrayendo del mismo aquellas previsiones más concretas y minuciosas que pudieran revestir rango reglamentario, a fin de que el nuevo Código mantuviese los rasgos propios de ser el cuerpo normativo de carácter estable y general en materia mercantil.

C) Los objetivos perseguidos por la proyectada codificación

La exposición de motivos y la memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto insisten en los objetivos de unidad que el nuevo Código Mercantil se propone.

Así, tras comentar la proliferación de leyes especiales desgajadas del actual Código de Comercio, la exposición de motivos del Anteproyecto sienta que "los 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", añadiendo que la codificación mercantil "renace actualmente como recurso unificador" con el objetivo, ya comentado, de alcanzar "un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional".

Acotados, así, los objetivos que la proyectada codificación mercantil persigue, entiende este Consejo que deben avanzarse al respecto dos distintos órdenes de

puntualizaciones, centradas en recordar el marco global en que se inserta esa economía de mercado y en el alcance de la unidad de mercado.

1. El marco integral de la economía de mercado. A juicio del Consejo de Estado, "la constitución económica en el marco de la economía de mercado" debe tomar en consideración que nuestro Estado está expresamente calificado de "social" (artículo 1 de la Constitución), naturaleza a cuya luz debe interpretarse el artículo 38 de la Constitución, máxime si se tiene también en cuenta la función social que está expresamente asignada, por prescripción constitucional, al derecho de propiedad privada (artículo 33 de la Constitución).

El calificativo de "social" aplicado al Estado no se refiere a su estructura sino a sus fines, que no son otros que los de hacer efectivas la libertad y la igualdad para todos (artículo 9 de la Constitución). Análogamente, el calificativo de "social", aplicable a la economía de mercado, no se refiere a su estructura, caracterizada por la autonomía de sus agentes, sino a la corrección de su funcionamiento a la luz del valor superior de justicia expresamente contemplado para que el Estado cumpla sus fines de Estado social (artículo 1 de la Constitución).

En tales condiciones, entiende este Consejo que la exposición de motivos del Anteproyecto se centra, solamente, en dos ejes constitucionales (la libertad de empresa, que es también libertad contractual, y la economía de mercado) y omite otros valores constitucionales que, como quedó indicado al comienzo de la presente consideración, se aplican a los diversos mercados en que se desenvuelve el tráfico económico. En consecuencia, este Cuerpo Consultivo considera necesario que se revisen esos términos excesivamente unilaterales de la exposición de motivos del proyectado nuevo Código Mercantil.

No obstante, la necesidad de atender las diversas coordenadas en que se desenvuelve actualmente el tráfico económico también tiene múltiples consecuencias en las concretas previsiones que figuran en el proyectado nuevo Código, tal y como habrá ulteriormente ocasiones de destacar.

En definitiva, se trata de que un proyecto tan ambicioso como preparar y dar vida a un nuevo Código de lo mercantil no pueda ser visto como un designio de reducir la atención o de concentrarla excesivamente en los aspectos propios de la libertad y del régimen aplicable a los agentes económicos, ya que con ello, se olvidarían o minusvalorarían otras muy importantes perspectivas que tienen también que utilizarse para comprender y tratar adecuadamente, desde todos los puntos de vista y, desde luego, desde el normativo, una realidad actualmente tan compleja como es el tráfico económico organizado.

2. La unidad de mercado. Puede convenirse, sin dificultad, que un eficaz desenvolvimiento del mercado y del tráfico económico requiere que la regulación que le sea aplicable no suponga obstáculos para la circulación de bienes, personas y servicios y así aparece reflejado en nuestro texto constitucional (artículo 139, número 2) al proscribir que autoridad alguna adopte medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional.

En tal sentido, es claro que, en determinadas materias, una eficaz regulación del tráfico mercantil requiere una unidad de configuraciones, y para ello la legislación mercantil, dentro o fuera del Código, cumple un papel relevante. Sería, en efecto, difícilmente concebible un adecuado desenvolvimiento del tráfico si, por ejemplo, las sociedades mercantiles pudieran responder a una diversidad de configuraciones en función de las distintas legislaciones que se les aplicasen o si las compraventas mercantiles admitiesen múltiples caracterizaciones.

En consecuencia, la legislación mercantil tiene importantes contribuciones que efectuar a la adecuada regulación del tráfico y al desenvolvimiento de los mercados, al igual que las ha de hacer la regulación civil de la base de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes, la determinación de las fuentes del

Derecho, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas y la ordenación de los registros y documentos públicos. Dicho en otros términos, las competencias legislativas que corresponden al Estado en relación con la legislación civil y la mercantil contribuyen a asegurar un marco jurídico privado unitario.

Sin embargo, no cabe entender que, al atribuir al Estado la competencia exclusiva en relación con la legislación mercantil (artículo 149, número 1, 6ª, de la Constitución), el constituyente estaba tratando de asegurar la unidad de mercado, ya que, con toda probabilidad, estaba únicamente contemplando una situación preexistente desde la disciplina del Código de Comercio, al igual que operó en materia civil, reconociendo la competencia legislativa estatal y dejando a salvo las especialidades de los derechos civiles o forales en ciertas Comunidades Autónomas "allí donde existan", añadiendo que, en todo caso, determinadas reglas, como la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las bases de las obligaciones contractuales y las normas para resolver los conflictos de leyes, eran competencia exclusiva del Estado.

Junto a ello, no puede olvidarse que la unidad de mercado encierra una temática mucho más amplia que la que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico nacional y al ámbito de los mercados nacionales españoles, tal y como puede constatarse con claridad en el ámbito europeo, donde se acuñaron, gráficamente, los conceptos del "mercado interior" y del "mercado único" para referirse a cuestiones y actuaciones de escala europea.

En todo caso, el servicio a ese mercado único por parte de la legislación mercantil se presta desde los postulados propios de esta última. Por lo tanto, se trata de ofrecer al mercado el conjunto unitario e integrado de normas jurídico-privadas necesario para su funcionamiento eficiente, sin que corresponda, por tanto, a esa legislación abordar extremos ajenos a su ámbito de desenvolvimiento. Por eso mismo, corresponde a otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico colaborar también a esa garantía de un mercado único desde sus propios postulados específicos. De hecho, nuestro ordenamiento jurídico ha asistido recientemente a un decidido impulso por garantizar la unidad del mercado desde perspectivas distintas de la legislación mercantil. El mejor ejemplo de ello lo brinda la Ley de garantía de la unidad de mercado (Ley 20/2013, de 9 de diciembre), que, aplicando títulos competenciales a favor del Estado distintos del referido a la legislación mercantil, trata de hacer efectivo el principio de unidad de mercado, entendida, en palabras de su exposición de motivos, como "un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española".

Por último, entiende este Consejo que es necesario enfatizar que el servicio a la unidad de mercado no puede afectar, sino que debe dejar a salvo las ya aludidas competencias que las Comunidades Autónomas tienen reconocidas en materia de Derecho Civil, en los términos previstos por el artículo 149, 1, 8ª, de la Constitución), que no pueden quedar erosionadas por las competencias estatales en relación con la legislación mercantil (artículo 149, 1, 6ª, de la Constitución).

D) Las coordinadas en las que se inserta el nuevo Código Mercantil

El alcance y los objetivos de la codificación mercantil anteriormente comentados deben también relacionarse con las coordinadas en las que se insertará dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, y tal y como habrá ulteriores ocasiones de analizar y concretar, el nuevo Código Mercantil representará la pieza normativa más general de nuestro Derecho Mercantil, que guardará muy estrechas relaciones con el Derecho Civil. En concreto, la ocasión de elaborar y aprobar un nuevo Código de la materia mercantil suscita la necesidad de acotar adecuadamente esa materia en relación con la índole civil.

Sabido es que ambas ramas, Civil y Mercantil, constituyen los dos grandes grupos del Derecho Privado, pero en distinto nivel, en la medida en que para el Código Civil la legislación mercantil se configura como legislación especial que permite la aplicación supletoria de éste. Por otro lado, la evolución paralela de ambas legislaciones, Civil y

Mercantil, a la luz de los principios constitucionales, está llevando a un relativo acercamiento de muchos de sus principios y reglas. Particularmente relevante es notar que la creciente injerencia del Derecho de la Unión Europea en materias de Derecho Privado se produce contemplando, de una forma global, los aspectos civiles y mercantiles de las materias en cuestión, lo que también se pone de manifiesto en otros ámbitos tales como la cooperación procesal.

En todo caso, y partiendo de que nuestro ordenamiento jurídico privado ha contado tradicionalmente con la distinción entre la regulación jurídico-civil y la jurídico-mercantil, la elaboración de un nuevo Código Mercantil se enfrenta a la ardua tarea de deslindar las materias civiles y mercantiles.

Tal y como habrá ocasión de destacar en ulteriores apartados del presente dictamen, esa tarea requiere programar cuidadosamente la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno respecto de los textos normativos que forman parte de la legislación civil y de la legislación mercantil, aspecto que presenta facetas especialmente relevantes en la materia de obligaciones y contratos.

Otra importante perspectiva al respecto es la de la seguridad jurídica, que tiene múltiples consecuencias, entre las que está la de evitar lagunas, redundancias y discordancias entre las diferentes ramas de nuestro Derecho Privado y permitir que el mismo se alinee fiel y adecuadamente con los textos que, procedentes del Derecho de la Unión Europea, se proponen avanzar en la armonización del Derecho privado de la contratación.

Por último, y también con carácter general, es obligado destacar que el deslinde entre las materias civiles y mercantiles tiene una muy relevante proyección constitucional, dado el distinto orden y distribución de competencias que la Constitución efectúa al respecto entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Hechas las anteriores consideraciones, y por lo que hace a los términos generales con que el Anteproyecto efectúa el mencionado deslinde, suponen un giro notable de nuestro Derecho mercantil y rompen con su tradición doctrinal y con el desarrollo orgánico de nuestro Derecho privado. En tal sentido, ha de recordarse que, de ser Derecho de los comerciantes, el Derecho mercantil pasó a ser el Derecho de los actos de comercio y, tras su producción en masa, el Derecho de las organizaciones productivas, de las empresas. El Anteproyecto va más allá de ese ámbito subjetivo de las empresas, para incluir, en términos muy generales, a los "operadores del mercado", llegando al punto de reputar mercantiles contratos por el solo hecho de que una de sus partes intervinientes revista tal consideración.

Por último, y dado que la regulación mercantil se refiere a actuaciones empresariales sujetas a diversos grados de intervención pública, otra de las coordinadas relevantes en las que habrá de insertarse el nuevo Código Mercantil es la delimitación entre los aspectos jurídico-privados de esas actuaciones empresariales y sus aspectos e implicaciones jurídico-públicas. Como habrá ulteriores ocasiones de comprobar, no siempre las previsiones concretas del Anteproyecto aciertan a acotar su contenido al ámbito que le compete, cual es el de esos aspectos jurídico-privados y de sus consiguientes previsiones normativas.

Volviendo sobre lo que ya quedó indicado al comienzo de la presente consideración, no puede infravalorarse la implicación de lo público y lo privado en muchos sectores económicos, que se ha saldado en la aparición de los ya comentados "sectores regulados", objeto de muy diversos tratamientos normativos, en los que se hace una cuidadosa ponderación de los aspectos jurídico-públicos y jurídico-privados.

Insistiendo en las reflexiones con que se abrió esta consideración, ha de destacarse que, en los casos en que los sectores en cuestión cuentan con una regulación integrada de sus distintos aspectos (jurídico-privados y jurídico-públicos), no siempre es posible una clara delimitación entre todos esos aspectos y sus correspondientes previsiones normativas, de modo que no cabe acudir ni siempre ni sin cuidado a la técnica de desgajar de las correspondientes Leyes los preceptos mercantiles, dejándolas

circunscritas a los preceptos jurídico-públicos, ya que con ello podría transmitirse la falsa apariencia o impresión de estar ante una cierta desregulación de tales mercados. Parecidas prevenciones han de realizarse respecto de la opción que el Anteproyecto hace en ocasiones a favor de extraer unos principios generales de las Leyes actualmente existentes, que pueden no contrastar con los del propio Anteproyecto.

E) La técnica jurídica empleada por el Anteproyecto

Por último, merece un comentario final, dentro de este apartado de observaciones generales, la técnica jurídica a la que ha recurrido el nuevo Código Mercantil, concretada en un método novedoso de numeración de los preceptos en los que se articula.

En los términos explicados en antecedentes, se trata de una forma de numeración que facilita la revisión, modificación y ampliación del contenido del proyectado texto legal y la incorporación de nuevos preceptos sin tener que utilizar las técnicas artificiosas e inelegantes a las que en que ha habido que recurrir con demasiada frecuencia, añadiendo calificativos y una suerte de numeraciones adicional o paralelas a los preceptos legales (artículos bis, ter, quater...).

A pesar de que nuestros grandes textos legales no han utilizado hasta el momento la nueva técnica aplicada al Anteproyecto, sí existen numerosos precedentes de esta última en la legislación comparada e, incluso, en nuestras legislaciones autonómicas. Sin discriminar las ventajas de esta innovación, no deja de ser llamativa la ruptura singular que representa para la técnica normativa habitualmente seguida, que puede generar, al menos en un primer momento, dificultades para los agentes jurídicos.

Por otra parte, dado que va a aplicarse a materias afectadas por una cierta inestabilidad normativa, esa nueva técnica de numeración es exigente y requiere una especial atención para que las reformas que deban ir introduciéndose en el nuevo Código la utilicen adecuadamente y no desemboquen en utilizar las artificiosas numeraciones y denominaciones que se pretenden desterrar. Por último, y a la vista de las exigencias a las que responde, entiende este Consejo que es todavía prematuro decidir si esa nueva técnica de numeración del articulado debe mantenerse, como modelo para posteriores regulaciones, o debe utilizarse restrictivamente, en aras de mantener una cierta homogeneidad con el resto del ordenamiento.

Quinta. Título Preliminar: Ámbito de aplicación del proyectado Código Mercantil

La iniciativa legislativa que ahora se aborda incluye una nueva delimitación de la materia mercantil, cuestión que ha sido históricamente objeto de una atención prioritaria a fin de deslindar la materia mercantil y su regulación específica del objeto propio de otras ramas del ordenamiento jurídico.

Ni este dictamen es sede adecuada para efectuar un examen detenido de los diferentes criterios que se han venido históricamente utilizando para ese deslinde ni tal examen es necesario a los efectos de la presente consulta, que ha de centrarse en considerar los criterios que el Anteproyecto propugna y a los que responde su articulado.

Sentada esa orientación general, es de notar que la exposición de motivos del proyectado Código sienta taxativamente que "el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades". Desarrollando tal proclamación, el Título Preliminar del Anteproyecto acota las personas y las actividades a las que se dirige. Así:

- De un lado, y por lo que se refiere a las personas, el nuevo Código se ocupa de lo que califica de "operadores del mercado", categoría que engloba (artículo 001-2):

- Los empresarios, reputando como tales a las personas físicas o jurídicas 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, así como a las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.

- 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.

- Las personas jurídicas que, sin ser empresarios, y los entes no dotados de personalidad jurídica que ejerzan alguna de las actividades anteriormente indicadas.

- De otro, y por lo que concierne a las actividades consideradas, el Anteproyecto reputa mercantiles (artículo 001-3):

- Los actos y contratos en los que intervenga un operador del mercado y cuyo contenido principal pertenezca a alguna de las actividades anteriormente indicadas. - Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, sean calificados de mercantiles.

- Los actos de competencia en el mercado.

Por lo tanto, frente al enfoque tradicional del Derecho Mercantil de atender a la figura del comerciante, el proyectado nuevo Código Mercantil erige la figura del operador del mercado.

El término "operador" ha hecho fortuna en distintos ámbitos y reviste muy diversos significados en los variados casos a que se extiende su utilización.

Así, es frecuentemente utilizado, por ejemplo, en la literatura jurídica para referirse a quienes deben aplicar normas e instrumentos jurídicos en sus cometidos diarios (los llamados "operadores jurídicos"), mientras que también está muy acuñado en el ámbito de los mercados financieros y de valores para referirse a las personas legalmente habilitadas para ejecutar operaciones en tales mercados (los denominados, por ejemplo, "operadores bursátiles"). Desde una perspectiva más amplia, se recurre también al término "operador" para identificar a entidades que asumen un rol preeminente en determinado sector de la actividad económica. Así, no es infrecuente aludir a los "operadores" del sector de las telecomunicaciones y, en esta acepción, es de reseñar que la regulación de nuestro sistema eléctrico contempla las figuras del "operador del mercado" y del "operador del sistema".

Centrando la atención en el proyectado nuevo Código Mercantil, y de acuerdo con las anteriores indicaciones, el grueso del concepto de "operador del mercado" se refiere, de un lado, a los empresarios y, de otro, a las personas físicas que ejerzan, profesionalmente y en nombre propio, una actividad intelectual de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado. Y, dentro del concepto de empresario, la nota más característica resulta ser el ejercicio profesional de una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, lo que se corresponde plenamente, por otra parte, con la forma en que el proyectado nuevo Código Mercantil define la empresa ("conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado" ex artículo 131-1).

Con ello, ambos polos del concepto de "operador del mercado" coinciden en llevar a cabo una actividad de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado. La nota de que se trate de una actividad "organizada" (en el caso de los empresarios) y "profesional" (en el caso de las aludidas personas físicas) no parece especialmente diferenciadora, ya que se aprecia una estrecha cercanía, si no coincidencia, entre las notas de producir bienes y prestar servicios de forma profesional o con carácter organizado, en la medida en que difícilmente cabe concebir una actividad profesional sin la consiguiente disposición y organización de los correspondientes medios.

En tales circunstancias, los dos polos de la figura empleada por el Anteproyecto se diferenciarían en que los empresarios llevan a cabo una actividad "económica", mientras que las personas físicas profesionales desarrollan una "actividad intelectual".

Planteados así los dos grandes polos del nuevo concepto de "operador del mercado" que el Anteproyecto propugna introducir, entiende este Consejo que existen al respecto dos puntos relevantes a tener en cuenta:

- De un lado, la diferencia que se traza entre esos dos polos dista de estar clara. Partiendo de que, en ambos casos, los interesados ocupan o tratan de ocupar una posición activa, de tener un cierto protagonismo en un determinado mercado, la contraposición entre "actividad económica" y "actuación intelectual" es un tanto difusa y, pensando en el desenvolvimiento dentro de un mercado, no aclara, por sí solo, cómo podrán diferenciarse con seguridad las actividades económicas y las intelectuales, dado que ambas se dirigen a la producción de bienes y a la prestación de servicios para ese mercado.

No es difícil apreciar la importancia que la dimensión cuantitativa puede tener en muchos casos para distinguir entre una actividad típica empresarial y una actividad intelectual proyectada a la producción e intercambio de bienes o a la prestación de servicios. En todo caso, el recurso a la dimensión cuantitativa como elemento diferenciador evidencia que, en muchos casos, puede no existir una diferencia consustancial entre una actividad empresarial y una actividad intelectual del tipo de la que acaba de indicarse. Y, sin embargo, y de otro lado, no cabe acudir únicamente a este criterio puesto que está ya sólidamente establecidas las diferencias que, dentro del mundo de las empresas, separan a las grandes de las medianas y pequeñas.

A la dificultad de efectuar esa delimitación contribuye la diversificación de figuras y regímenes aplicables a las actividades profesionales y económicas llevadas a cabo por personas físicas, en las que, confluyen, cada vez con más intensidad y matices, una diversidad de regulaciones de distinta naturaleza (civiles, mercantiles, laborales, administrativas,...). Se encuentran buenos ejemplos de ello en el ámbito de las tradicionalmente llamadas profesiones liberales, en las que, junto a los aspectos más clásicos de índole civil y mercantil, aparecen elementos relevantes de índole laboral (como es el caso de la abogacía) o en la relativamente reciente regulación del estatuto del trabajador autónomo, que, pese a su matriz de índole laboral, contiene llamadas explícitas a las normas propias de la contratación civil y mercantil (artículo 3, número 1, b), de la Ley 20/2007, de 11 de julio).

Desde otro punto de vista, debe también tenerse en cuenta que las actividades profesionales llevadas a cabo por personas físicas recogen una gran diversidad de posibilidades, en algunas de las cuales priman los componentes de índole intelectual, bien ajenos al desarrollo de una actividad organizada de producción y distribución de bienes o de prestación de servicios.

- De otro, el concepto de "operador del mercado" debe contrastarse con la realidad económica en que esa figura se desenvuelve. En ese sentido, y aunque puede y debe hablarse de una economía de mercado (en singular) y de la unidad de mercado para caracterizar a la actual economía española, ya quedó indicado en la cuarta consideración de la presente consulta que esa economía se desenvuelve a través de una pluralidad de ámbitos, de "mercados", en función de los bienes y servicios de que se trate. En consecuencia, existen notorias diferencias entre esos distintos ámbitos de actuación o mercados, de lo que es ejemplo bien elocuente que el organismo erigido para salvaguardar la competencia en la economía española se titule, en plural, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Esa pluralidad de mercados aporta una dificultad adicional para poder diferenciar, en abstracto y con carácter general, una figura unitaria de "operador del mercado" y, derivadamente, qué sea una actividad económica de producción de bienes o de prestación de servicios y qué sea una actividad intelectual de idéntico propósito.

En tales circunstancias, la apreciación de si se está ante un "operador del mercado" -especialmente en lo que se refiere a la actividad intelectual de producción de bienes y prestación de servicios- no parece ser una operación que pueda fácilmente realizarse con carácter general, sino que obligará a recurrir, por el contrario, a cada concreto sector de actividad económica.

Esa conclusión tiene que ponerse en relación con el hecho de que el recurso general a la figura del "operador del mercado" lleva al Anteproyecto a calificar de mercantiles los actos que ese operador lleve a cabo, sin entrar en todos los casos a considerar si, a la vista de las características de tales actos, conviene efectivamente aplicarles tal calificación. En ulteriores apartados del presente dictamen y, muy especialmente en los dedicados a las obligaciones y contratos mercantiles, habrá ocasión de comprobar que, al consagrar el Anteproyecto ese concepto de "operador del mercado" y atender, con carácter general, a su mera presencia, se extiende, desmedidamente, el ámbito de la legislación mercantil, que pasaría a aplicarse a ámbitos y relaciones en los que no está justificado aplicar los condicionamientos propios y específicos de las normas mercantiles.

Frente a tal situación, no está de más recordar que otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico han abordado la delimitación y aplicación de sus previsiones sin tener que consagrar para ello figuras abstractas. Un buen ejemplo de ello se encuentra en el ámbito tributario, donde la aplicación, por ejemplo, de las previsiones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre el Valor Añadido se efectúa sobre la base de atender al tipo de actividades que llevan a cabo los sujetos pasivos y no a erigir nuevas categorías que deban englobar a todos ellos.

Que el propio Anteproyecto parece ser consciente de las limitaciones de la opción que hace lo revelan, de un lado, las cláusulas complementarias que llevan a incluir en el concepto de "operador del mercado" a ciertas realidades (por ejemplo los entes no dotados de personalidad jurídica) sobre la base de que desarrollen actividades de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

Más importante, todavía, a los efectos que se están considerando es el otro pivote sobre el que el Anteproyecto hace girar el ámbito de lo mercantil, como es el hecho de aplicar el régimen del proyectado nuevo Código a los actos y contratos que se califican de "mercantiles", lo que se hace depender (artículo 001-3) de que el "contenido principal" de tales actos y contratos pertenezca a las citadas actividades económicas o intelectuales o de que deban ser calificados de mercantiles "por razón de su objeto o del mercado en que se celebren".

El Consejo de Estado entiende que el proyectado nuevo Código Mercantil tiene que enfatizar este segundo elemento, de modo que su ámbito de aplicación quede acotado a los casos en que se esté ante una actividad organizada y profesionalizada de producción o intercambio de bienes o de prestación de servicios para un determinado mercado.

Por lo mismo, debe revisarse otra de las grandes directrices del proyectado nuevo Código Mercantil, cual es la de calificar de mercantiles un gran número de actos por el mero hecho de que en ellos esté presente y sea parte un operador del mercado. Esta directriz es especialmente desaconsejable, ya que supone una injustificada extensión del ámbito de lo mercantil y distorsiona gravemente las relaciones que deben existir entre la legislación general civil y la legislación especial mercantil. De hecho, esa orientación del Anteproyecto supone trasladar al Derecho Mercantil infinidad de cuestiones y contratos que han venido siendo y son actualmente civiles, y respecto de los que no existen datos que justifiquen mudar su naturaleza y transformarlos en mercantiles. Un ejemplo especialmente gráfico es el de una simple y sencilla compraventa en un establecimiento mercantil, caso paradigmático de compraventa civil que, sin embargo y de seguirse el criterio de atribución de mercantilidad por el solo hecho de que sea parte un operador del mercado, pasaría a convertirse en compraventa mercantil, sin que existan, sin embargo, datos que avalen semejante transformación. Para evitar tal distorsión de los ámbitos civiles y mercantiles, este Consejo entiende que el proyectado nuevo Código Mercantil tiene que evaluar los elementos subjetivos y

objetivos que concurren en los actos y contratos en cuestión a fin de determinar si responden al desarrollo de la aludida actividad organizada y profesional.

En síntesis, estima este Consejo que el modo en que el Anteproyecto introduce y utiliza la figura del "operador de mercado" no puede erigirse en criterio delimitador del ámbito de lo mercantil. Más en concreto, esa figura no puede convertirse en una categoría general y abstracta, cuya sola presencia determine per se que se esté ante relaciones y actos de naturaleza jurídico-mercantil. En consecuencia, entiende este Consejo que ha de huirse de las contraindicaciones de utilizar la aludida figura con el alcance y extensión con que lo hace el proyectado nuevo Código Mercantil y que este último debe centrar su ámbito de aplicación en la regulación jurídico-privada de aquellos actos y contratos que, por las partes intervinientes, prestaciones asociadas, y restantes elementos concurrentes, expresen y materialicen una actividad organizada y dirigida a la producción e intercambio de bienes y de prestación de servicios.

En los ulteriores apartados de estas consideraciones habrá ocasiones de aplicar esa directriz de carácter general a diversas previsiones concretas de la proyectada codificación mercantil y de destacar los efectos perturbadores e indeseados que derivan de predicar naturaleza mercantil de determinadas relaciones y situaciones sobre la sola base de que un "operador del mercado" forme parte de las mismas.

Sexta. Libro Primero: El empresario y la empresa

Este primero de los Libros en que se estructura el nuevo Código Mercantil recoge las previsiones generales propias del estatuto jurídico propio del empresario y de la empresa, cuales son el régimen específico del empresario individual (Título I), la representación del empresario (Título II), las normas generales acerca de las empresas (Título III), el Registro Mercantil (Título IV) y la contabilidad de los empresarios (Título V).

A) Título I: El empresario individual

Se ocupa éste de los aspectos que caracterizan a quien se dedique a ese tipo de actividad, como son la capacidad de que debe estar dotado, las prohibiciones para llevarla a cabo, las incompatibilidades e inhabilitaciones que le afectarán y la responsabilidad patrimonial que se derive de tal actividad.

1. La capacidad para ser empresario. El proyectado Código Mercantil refiere tal capacidad a todas las personas físicas que gocen de plena capacidad de obrar (artículo 111-1), manteniendo, pues, la regla que ha venido rigiendo al respecto en nuestro ordenamiento jurídico.

Con acierto, el artículo 111-2, número 1, del Anteproyecto puntualiza que, junto con esa capacidad, la ley puede exigir otros requisitos adicionales para la titularidad de determinadas empresas o el ejercicio de ciertas actividades empresariales y, en esa misma línea abordan los artículos 111-3 y 111-4 las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilitaciones que pueden afectar a la titularidad de determinadas empresas o al desarrollo de ciertas actividades empresariales.

Se deja claro, pues, que no se trata de una capacidad especial, sino de requisitos, prohibiciones, incompatibilidades e inhabilitaciones vinculados con las exigencias específicas que se asocian a llevar a cabo determinadas actividades empresariales en atención a los factores que las singularizan, como pueden ser, por ejemplo, la especial regulación que les es aplicable, la acentuada diversidad de intereses jurídicos a que afectan, su interrelación con otras actividades,...

El Anteproyecto proclama que la infracción de las limitaciones que pueden afectar a esa capacidad (menores emancipados y personas sujetas a curatela) y la inobservancia de los aludidos requisitos adicionales o de las prohibiciones e incompatibilidades establecidos "no impedirá la atribución de la condición de empresario" a la persona afectada (artículos 111-1, número 2, segundo párrafo; 111-2, número 2, y 111-3), sin perjuicio de las consecuencias que la legislación prevea para los actos que se hayan

realizado en tales circunstancias, de las que, en el caso de la no concurrencia de los requisitos adicionales, prohibiciones e incompatibilidades, se puntualiza que "no afectarán a los terceros de buena fe".

Parece preferible que la proyectada legislación utilice una redacción más directa respecto de quienes lleven a cabo actividades empresariales en tales supuestos, dejando enunciado que serán considerados empresarios respecto de los actos que hayan llevado a cabo infringiendo las limitaciones establecidas, sin concurrir los aludidos requisitos adicionales necesarios o mediando prohibiciones e incompatibilidades.

Por otra parte, la salvedad de que las consecuencias que las disposiciones aplicables prevean para tales casos respecto del infractor no afectarán a los terceros de buena fe resulta consustancial a los postulados de la buena fe, de modo que, o bien no se estima necesario formularla o, de lo contrario, se expresa en relación con los tres supuestos que se vienen analizando, no restringiéndola, solamente, al caso de la ausencia de los mencionados requisitos adicionales o de la inobservancia de las prohibiciones e incompatibilidades.

2. La responsabilidad patrimonial del empresario. El Capítulo II del Título I del Libro Primero del nuevo Código Mercantil recoge acertadamente las normas generales relativas a esa responsabilidad patrimonial, pudiendo advertirse una línea de avance en materia de la responsabilidad del empresario casado respecto de las novedades que ya introdujo en el Código de Comercio la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de modo que el nuevo Código proyecta, con mayor nitidez y generalidad, las consecuencias que los distintos regímenes económico-matrimoniales tienen para las masas patrimoniales afectadas (bienes privativos y bienes comunes) en caso de ejercicio de actividades empresariales.

B) Título II: La representación del empresario

El Anteproyecto acierta trayendo a esta parte general relativa al empresario y la empresa las normas de representación que el Código de Comercio sitúa dentro de la regulación del contrato de comisión mercantil.

Partiendo de ese enfoque sistemático mucho más técnico y depurado, el nuevo Código Mercantil recoge los diversos casos y circunstancias relevantes en materia de representación empresarial.

El Anteproyecto suscita la cuestión general de las eventuales limitaciones a las facultades de los apoderados de los empresarios, lo que afecta a todo tipo de apoderamientos, si bien tiene especial relevancia en lo que hace a los apoderados generales.

Dentro del examen tradicional de las facultades y ámbitos de actuación de los factores, se suscitaban diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto, centrándose el debate en torno al grado de concreción exigible o admisible de tales facultades, la inscripción de esos límites en el Registro Mercantil y el régimen de actuación y consecuencias predicables de los factores con poderes no inscritos.

El proyectado Código se ocupa de enunciar qué deba entenderse por apoderado general y singular de un empresario (artículos 122-1 y 123-1), refiriéndolos a quien pueda realizar las actividades que constituyan el giro y tráfico de la empresa, ya sea en su totalidad o por ramas o establecimientos (apoderados generales) o actos determinados de ese giro y tráfico, ya sea de la totalidad de la empresa o de concretos establecimientos o ramas de su actividad (apoderamientos singulares). En el caso de los apoderamientos generales, el Anteproyecto no exige que se especifiquen las facultades concretas de los apoderados, aunque sí que se indique si el apoderamiento se extiende a toda la empresa o sólo a algunas de sus ramas de actividad o establecimientos, especificándose, en este último caso, las ramas o establecimientos en cuestión (artículo 122-1).

Partiendo de ese marco general, y por lo que se refiere a los apoderados generales, el artículo 122-1, número 2, del proyectado Código Mercantil proclama taxativamente que "las limitaciones de las facultades del apoderado general no serán oponibles a terceros de buena fe aunque se hubieran inscrito en el Registro Mercantil", a diferencia de la regla que la proyectada legislación recoge a propósito de los apoderados singulares, para los que dispone que "las limitaciones al poder no inscritas no serán oponibles a tercero, a no ser que el empresario pruebe que éste las conocía o que los actos realizados por el auxiliar exceden de las facultades que notoriamente le corresponden o de las propias del puesto que ocupa en la empresa" (artículo 123-2, número 2).

Este Consejo entiende que, además de admisible, es positiva la directriz de no exigir que se especifiquen las facultades que corresponden a los apoderados generales de los empresarios, ya que tal requisito sería contradictorio con la propia definición de esos apoderados y proyectaría una innecesaria complejidad en el tráfico mercantil y en las relaciones entre tales apoderados y quienes entablen relaciones mercantiles con las correspondientes empresas.

Cuestión distinta es la total inoponibilidad de las limitaciones de facultades que se hayan inscrito en el Registro Mercantil.

Es, desde luego, una técnica vinculada con la seguridad en el tráfico mercantil, ya que trata de acentuarla al máximo posible, permitiendo a los interesados confiar en las facultades de quienes sean apoderados generales de las empresas y dispensándoles de tener que consultar las limitaciones que de tales facultades puedan figurar en el Registro Mercantil.

Sin embargo, se trata de una drástica toma de posición por parte del legislador, mediante una previsión legal que resulta poco armónica con las finalidades esenciales de publicidad y de seguridad a que sirve la institución del Registro Mercantil. De hecho, la opción del Anteproyecto conllevaría que, pese a estar inscritas en un instrumento destinado a la publicidad, las limitaciones recogidas en el Registro Mercantil sólo podrían jugar en el ámbito de las relaciones internas entre empresarios y apoderados generales, que es una esfera ajena a la de la publicidad a la que sirve el referido Registro, con lo que se corre el riesgo de que esa muy relevante institución para el tráfico mercantil sea utilizada en controversias que le son ajenas, como son las que pueden plantearse entre los empresarios y sus apoderados generales.

Por último, cabe preguntarse si esa opción del Anteproyecto no puede ser vista como una técnica demasiado drástica, cuyos objetivos podrían servirse a través de previsiones más matizadas.

Como consecuencia de tales preocupaciones y reflexiones, entiende este Consejo que es preciso que el proyectado Código se plantee la sustitución de su actual artículo 122-1, número 2, por una previsión que combinase varios elementos vinculados con la seguridad del tráfico mercantil, como son impedir las limitaciones de las facultades de un apoderado general que desnaturalizasen su condición de apoderado de tal carácter, obligar a que los empresarios proclamasen y diesen la adecuada publicidad a la extensión de los apoderamientos generales que confieran y exigir que toda limitación de las facultades de sus apoderados generales tenga que ser inscrita en el Registro Mercantil para poder ser opuesta a terceros de buena fe.

Con carácter mucho más concreto, cabe advertir:

- De un lado, que el artículo 121-3 se ocupa de diversas consecuencias concretas de la buena y mala fe del representante y representado en los casos de empresarios individuales (apartado número 1), pero sólo exige atender, con carácter general, a la buena o mala fe del representante en relación con los empresarios personas jurídicas (apartado número 2), pareciendo preferible que esa atención se preste con carácter general, tanto para empresarios personas jurídicas como físicas.

- De otro, que el artículo 121-9, número 2, se ocupa de la eficacia frente al empresario de las comunicaciones hechas "a la persona que aparentemente deba hacerlas llegar a conocimiento de quien sea su destinatario, según la adecuada organización de la empresa", utilizando una expresión que podría entenderse que encierra la necesidad de un juicio subjetivo. Por razones de incrementar la seguridad del tráfico y de evitar tal tipo de ejercicios, resultaría preferible acudir a formulaciones más objetivas, del tipo "a la persona que, de conformidad con la configuración ofrecida por la empresa, deba hacerlas llegar a conocimiento de quien sea su destinatario".

C) Título III: La empresa

Recoge este Título las previsiones de índole general a propósito del concepto de empresa, su transmisión y los derechos de garantía sobre ella. Como buena parte de tales previsiones recogen criterios acuñados y regulación preexistentes, se examinarán a continuación, por separado, aquellos extremos que requieren de algún comentario particularizado, centrados en el régimen de transmisión de la empresa.

A propósito de esta materia, existen ciertos extremos concretos a considerar.

1. La cesión de los contratos y créditos existentes. Disponen los artículos 132-4 y 132-5 del Anteproyecto que la transmisión de la empresa comporta la subrogación automática del adquirente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial y la cesión automática de los créditos generados en el ejercicio de esa actividad.

Entiende este Consejo que el calificativo "automático" y el adverbio "automáticamente" que esos preceptos utilizan debieran sustituirse por otros términos más técnicos o, incluso, suprimirse, siguiendo el criterio que el Anteproyecto aplica a la asunción de deudas, de las que se indica que se produce como consecuencia de la transmisión de la empresa, sin necesidad de emplear calificativos ni adverbios.

2. La no competencia por parte del vendedor, arrendatario y usufructuario. En relación con el vendedor, el artículo 132-11 del proyectado Código recoge la posibilidad de que se pacte una obligación de no competencia respecto de cualquier actividad que "dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida". Por su parte, el artículo 132-16 se ocupa de la prohibición de competencia que pesa sobre el arrendatario y usufructuario para llevar a cabo ese mismo tipo de actividades.

La fórmula elegida parece implicar una cierta visión estática o conservacionista de la empresa tal y como estaba en el momento de la compraventa, arrendamiento o usufructo, lo que no se corresponde con el concepto eminentemente dinámico de toda actividad empresarial. Por ello, debiera considerarse la conveniencia de sustituir esa fórmula por alguna orientada en la línea de "entre en concurrencia competitiva con las actividades de la empresa transmitida".

3. La obligación de explotación y la disposición de bienes por parte del arrendatario y usufructuario. Los artículos 132-13 y 132-14 del proyectado nuevo Código vinculan la explotación de la empresa y la disposición de bienes por parte del arrendatario y usufructuario a "conservar la eficiencia de su organización" o el "mantenimiento de la eficiencia de la organización" de la empresa. Con ello, vuelve a emplearse una terminología que puede reflejar una visión estática de la empresa, lo que podría corregirse modulando esa redacción en la línea de aludir a "preservar su eficiencia".

D) Título IV: El Registro Mercantil

El Anteproyecto recoge las normas de rango legal que considera necesarias a propósito de un instrumento tan relevante para el tráfico mercantil como es el Registro Mercantil, articulando al respecto un conjunto de previsiones que, en líneas generales, están en línea de continuidad con el régimen actualmente vigente, con las muy importantes salvedades a las que luego se hará mención.

Con carácter general, se echa en falta que la definición de ese Registro (artículo 140-1 del Anteproyecto) no enfatice su carácter de institución, y no sólo de

"instrumento" al servicio de la publicidad jurídica de los empresarios y de los actos, contratos y resoluciones judiciales y administrativas que les afecten.

Ese mayor énfasis es una cuestión relevante dada la preocupación que existe con carácter general para asegurar la necesaria publicidad jurídica de los datos que sean relevantes para el tráfico jurídico. En ese sentido, son conocidas las dificultades prácticas que se suscitan por carecerse, en la actualidad, de vías que doten de tal publicidad a cuestiones tales como las titularidades sobre las participaciones sociales.

Junto a esa observación general, las concretas previsiones que el proyectado nuevo Código Mercantil dedica al Registro Mercantil suscitan diversos comentarios más particularizados, que abordarán, muy especialmente, las novedades que el Anteproyecto introduce.

1. Los sujetos y actos inscribibles. Por lo que hace al ámbito subjetivo del Registro Mercantil, y al igual que ocurre en otras partes, el proyectado nuevo Código recoge la nueva figura de los emprendedores de responsabilidad limitada (artículos 140-5 y 140-15), si bien sería conveniente que su tratamiento registral se enunciase dentro del precepto (artículo 140-2) que el Anteproyecto dedica, con carácter general, a los "sujetos y actos inscribibles".

En lo que se refiere a las relaciones entre esas previsiones de rango legal aplicables al Registro Mercantil y las normas reglamentarias que también se ocuparán del mismo, entiende este Consejo que el proyectado nuevo Código Mercantil debe acotar las remisiones que contiene a propósito de las entidades y actos inscribibles, ya que, en los términos en que está actualmente formulado, recoge remisiones de muy distinto alcance, a veces dirigidas a la ley, otras a la ley o al Reglamento del Registro Mercantil y, en ocasiones y sin mayor precisión, a lo que se establezca legal o reglamentariamente. En ese sentido, resulta necesario que, en relación con ese régimen de inscripción, se delimite, con precisión, las cuestiones que quedan respectivamente remitidas a normas de rango legal y reglamentario.

Con carácter general, el artículo 140-1, número 1, del Anteproyecto caracteriza al Registro Mercantil como el instrumento de publicidad jurídica de los empresarios, "así como de las personas y entidades", expresión esta última oscura y de difícil interpretación, por lo que resulta imprescindible clarificarla o suprimirla.

En lo que hace al ámbito objetivo de los actos inscribibles, ese mismo artículo 140-1 lo refiere a los actos, contratos y resoluciones administrativas y judiciales que afecten a los empresarios, figurando en el ulterior artículo 140-2, 2º, b), una relación de tales resoluciones. Debiera corregirse el enunciado de ese apartado 2º, ya que, refiriéndose a "actos, contratos y resoluciones", comprende también (inciso a) extremos que no tienen tal naturaleza sino que consisten en datos y circunstancias de las personas inscribibles.

Todavía dentro del inciso b) de ese artículo 140-2, 2º, el término "mercados secundarios regulados" debe corregirse para ajustarse a la terminología empleada por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

2. Otras funciones del Registro Mercantil. Dentro del elenco que les dedica el artículo 140-3 del Anteproyecto, y en atención a la diversidad de entidades inscribibles, sería conveniente que se aludiera a "juntas y asambleas de socios".

3. La lengua de los títulos y asientos. Se ocupa de tal extremo el artículo 140-8, número 3, del Anteproyecto, que recoge el caso de títulos y asientos comprensivos de la correspondiente traducción a otra lengua oficial en la Unión Europea y de la eventual discrepancia entre sus versiones y permite a los terceros invocar la lengua extranjera publicada voluntariamente, salvo que el empresario demuestre que dichos terceros tenían conocimiento de la versión objeto de la publicidad obligatoria.

La redacción del precepto ganaría en claridad si expresase más directamente que el empresario inscrito podrá oponerse a la invocación de la lengua extranjera cuando

acredite que los terceros conocían la versión en lengua española del título o del asiento en cuestión.

4. Los actos no inscritos y los no publicados. Se ocupa de ellos el artículo 140-9, número 3, del Anteproyecto, que aborda el caso de los actos inscribibles no inscritos y de los actos inscritos no publicados, para los que proclama que no perjudicarán a terceros de buena fe, añadiendo que éstos, sin embargo, "podrán utilizarlos en cuanto les fueren favorables". Esta última precisión es innecesaria, recomendándose que el precepto se centre en su núcleo esencial, cual es el de precisar la inoponibilidad a terceros de buena fe de los actos inscribibles no inscritos y de los actos inscritos no publicados.

5. La contradicción entre títulos pendientes de inscripción. Aborda esta cuestión el artículo 140-10, número 3, del proyectado Código, que dispone que, si durante la vigencia de un asiento de presentación, el Registrador apreciare contradicción insalvable entre títulos pendientes de inscripción y relativos a los mismos hechos inscribibles, suspenderá la inscripción de todos los presentados "hasta que resuelvan los Tribunales". Esta última alusión resulta vaga pero se refiere a la vía procedente para poder llevar a cabo la inscripción, por lo que se sugiere mejorar su formulación en una línea próxima a "en tanto no se haya resuelto la contradicción por resolución judicial firme".

6. Los elementos técnicos e informáticos del Registro Mercantil. Numerosos artículos del Anteproyecto se hacen eco de ese tipo de elementos, aludiendo, por ejemplo, a la "plataforma electrónica central" (artículos 140-3, número 2; 140-4, números 1 y 7, y 140-9, número 1) y "portal único de acceso" (artículo 140-4, número 1). También se aprecian en el Anteproyecto varias menciones concretas a las relaciones técnicas en el ámbito europeo, como son la "plataforma central europea" (artículo 140-4, número 1), "sistema europeo" (artículo 140-4, número 4) y "sistema europeo de interconexión de registros" (artículo 140-12, número 4).

Una legislación mercantil de carácter general, como es la que debe figurar en el proyectado nuevo Código Mercantil, puede, desde luego y, probablemente, debe dejar claro que la publicidad registral podrá obtenerse "telemáticamente" (artículo 140-12, número 2). Por el contrario, entiende este Consejo que una legislación de tal naturaleza debe prescindir de alusiones concretas a la arquitectura técnica e informática a emplear por los Registros Mercantiles, que son impropias de su naturaleza y alcance y que pueden no corresponderse con la concreta conformación y estructura técnica y operativa que resulte adecuada en cada momento. Por ello, es necesario que se revisen las citadas fórmulas del Anteproyecto para dejarlas enunciadas en los términos más generales posibles.

Atención especial merecen, en todo caso, las llamadas "plataforma central europea" y la "Plataforma Electrónica Central".

La primera de esas expresiones procede de la Directiva 2012/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, centrada en la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades. Se trata, pues, de una regulación que dispone que existan medios técnicos para instrumentar esa interconexión, sin que, para ello, las correspondientes legislaciones nacionales tengan que utilizar o reproducir esa misma terminología.

En lo que concierne a la "Plataforma Electrónica Central", y por mucho que el Anteproyecto la presente en ocasiones como una identidad sustantiva (artículo 140-9, número 1, y disposición transitoria cuarta), se está, de nuevo, ante una mera formulación de medios técnicos, que no justifican, en modo alguno, que la aludida disposición transitoria proclame que "hasta la puesta en funcionamiento de la Plataforma Electrónica Central, se aplicará supletoriamente la legislación hipotecaria al Registro Mercantil".

Mayor preocupación suscita el desenfoque que el tratamiento de los medios técnicos del Registro Mercantil proyecta sobre el régimen de oponibilidad a terceros de los actos inscritos (artículo 140-9 del Anteproyecto), consistente en proclamar que tales actos

serán oponibles a terceros "desde su publicación en la Plataforma Electrónica Central, sin perjuicio de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil en los casos en los que legalmente proceda". Constituye esta norma un buen ejemplo de haberse desvirtuado el alcance que debe darse a unos medios técnicos, a los que proyecta asociarse uno de los efectos capitales del régimen de la publicidad mercantil. Corrigiendo ese desenfoque, entiende este Consejo que la oponibilidad a terceros de los actos inscritos debe quedar referida a su publicidad general, que puede seguir siendo servida por el Boletín Oficial del Registro Mercantil (actual artículo 21 del Código de Comercio) o alcanzarse a través de otros medios técnicos. Para el caso de que el proyectado nuevo Código se decantase por esta última posibilidad, debería explicitar cómo se producirá tal publicidad, sin que sea procedente, sin embargo, que los medios técnicos e informáticos que se empleen para ello pasen a erigirse en una entidad propia objeto de una norma mercantil de alcance general.

7. El Fichero Localizador de Entidades Inscritas y las funciones del Registro Mercantil Central. Su propio nombre indica que el aludido Fichero está vinculado con los medios telemáticos de acceso al contenido de los Registros.

En ese sentido, ha de recordarse que la reforma del Reglamento Hipotecario (artículo 12) operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, dispuso que el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España formaría una base de datos con un índice general de sociedades y demás sujetos inscritos, si bien esa reforma reglamentaria fue anulada por una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, por haberse introducido sin haber sido sometido a dictamen de este Consejo. En todo caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene establecido (por ejemplo, en su resolución de 16 de marzo de 2012) que el citado Fichero forma actualmente parte de los medios que el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España brinda para tener acceso telemático a los libros del Registro y está sujeto a la legislación hipotecaria (artículo 222, número 9 y 10, de la Ley Hipotecaria).

Partiendo de ese encuadramiento, el artículo 140-12, número 5, del Anteproyecto da un nuevo porte al citado Fichero, disponiendo que estará a cargo del referido Colegio, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, y que con él podrá darse publicidad telemática al contenido de los Registros con el carácter y valor de certificación o nota informativa, entendiéndose que cada Registrador expide la información procedente de su archivo.

Precisamente por la importancia dada a esa nueva configuración del mencionado Fichero, la exposición de motivos y la memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto justifican que este último modifique la actual configuración del Registro Mercantil Central, que perdería la función de enlace entre los distintos Registros Mercantiles y de facilitación del acceso y consulta a los datos que en ellos figuran.

Es claro que tales funciones pueden servirse de muy distintas formas. No obstante, y a la vista de los recursos y esfuerzos dedicados en los últimos tiempos, de forma sostenida, a canalizar esas funciones a través del Registro Mercantil Central, entiende este Consejo que una revisión tan drástica de sus actuales cometidos debe ser explicada y justificada con detalle, sin que resulten suficientes los datos que mencionan los documentos explicativos del Anteproyecto, ya que no aciertan a poner de relieve las razones que aconsejan revisar la actual solución existente entre nosotros y las atribuciones y responsabilidades encomendadas al Registro Mercantil Central.

8. Las funciones del Registro Mercantil Central. El Anteproyecto eleva a rango legal el tratamiento de tales funciones (artículo 140-13), recogiendo buena parte de las previsiones que figuran actualmente a nivel reglamentario. Tal decisión forma parte de las decisiones que están al alcance de la proyectada legislación y abunda en la necesidad que acaba de comentarse en torno a la necesidad de justificar adecuadamente los cambios que quieren introducirse en el régimen ahora existente.

En esa misma línea, podría considerarse la conveniencia de precisar algunas de tales funciones, como es la que se refiere a las denominaciones de sociedades y entidades

sujetas a inscripción, que no consiste, meramente, en un archivo o registro, sino que se extiende a gestionar la reserva de tales denominaciones. 9. El Boletín del Registro Mercantil. Manteniendo el Anteproyecto la exigencia de publicación en ese Boletín de múltiples actuaciones, llama la atención que la regulación que el proyectado nuevo Código dedica al Registro Mercantil no especifique la entidad responsable de gestionar tal Boletín y los eventuales cambios que quieran introducirse en su actual atribución al Registro Mercantil Central.

E) Título V: La contabilidad

La exposición de motivos del Anteproyecto y la memoria de análisis de su impacto normativo destacan que, teniendo en cuenta las modificaciones que la Ley 18/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, y la Ley 16/2007, de 4 de julio, sobre reforma y adaptación de la legislación en materia contable, introdujeron en el Código de Comercio, el proyectado nuevo Código Mercantil no contiene novedades sustanciales respecto del régimen de la contabilidad exigida a los empresarios.

La principal novedad radica en incorporar las novedades de la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, que operó una armonización del régimen contable de las pequeñas empresas. A ese objetivo responde, por ejemplo, el artículo 152-2 del nuevo Código, que dispensa a esas empresas de la obligación de elaborar ciertos documentos contables.

A ese mismo propósito simplificador, aunque de distinto origen, responde el nuevo régimen que se incorpora al nuevo Código en relación con las cuentas de los emprendedores de responsabilidad limitada, que traen causa de la figura introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

También son de notar las revisiones efectuadas de las reglas del valor razonable de los activos y pasivos (artículo 152-14), que recogen que ese valor es una directriz general cuya aplicación concreta se remite a normas reglamentarias, sujetando estas últimas a los límites del Derecho de la Unión Europea.

Igualmente merece reseñarse el mayor detalle que el propuesto artículo 152-17 recoge respecto del actual artículo 40 del Código de Comercio en relación con la posibilidad de que, a petición de quien acredite un interés legítimo, los órganos judiciales impongan la obligación de someter a auditoría las cuentas anuales de una empresa fuera de los casos en que esa obligación no esté ya legalmente establecida.

Séptima. Libro Segundo: Las sociedades mercantiles

A) Contenido de la regulación proyectada y coordinación con la legislación mercantil especial

El Libro Segundo del Anteproyecto contiene el régimen jurídico de las sociedades mercantiles, sean sociedades de personas - colectivas o comanditarias- o de capital - sociedad limitada, anónima y comanditaria por acciones. De este modo, la regulación proyectada recoge en un solo cuerpo legal las disposiciones antes dispersas en el Código de Comercio, en el caso de las sociedades de personas (colectivas -artículos 125 a 144- o comanditarias -artículos 145 a 150-), en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en el caso de las sociedades de capital, y en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, para unas y otras.

El Consejo de Estado examinó el contenido de estas dos últimas Leyes en sus dictámenes de 19 de diciembre de 2007 (expediente número 1977/2007), 24 de junio de 2010 (expediente número 1041/2010) y 4 de noviembre de 2010 (expediente número 1178/2010), por lo que las consideraciones contenidas en el cuerpo de presente

dictamen se circunscribirán a las novedades introducidas por el Anteproyecto que pudieran suscitar alguna controversia.

Debe tenerse en cuenta además que, tras la remisión del expediente al Consejo de Estado, ha sido aprobada la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Dado que sus disposiciones se encuentran incorporadas ya al Anteproyecto de Código Mercantil y como quiera que la Ley 31/2014 no fue informada por este Consejo de Estado en fase de anteproyecto, se realizan en el presente dictamen algunas observaciones en relación con su contenido, de forma que, en el marco de la voluntad expresada por el legislador con la aprobación de tal norma, pueda conseguirse una integración más armónica y ajustada de tales previsiones en el conjunto del texto del futuro Código Mercantil.

Con este planteamiento, se observa que el Anteproyecto no ha incorporado la regulación de las sociedades cooperativas, las sociedades mutuas de seguros y las sociedades de garantía recíproca, pese a que éstas se encuentran mencionadas dentro de la relación de sociedades mercantiles contenida en el mismo (artículo 211-1.1, letras f), g) y h). Del mismo modo, no se contempla el régimen de aquellas sociedades mercantiles reguladas por leyes especiales en razón de las peculiaridades que exige su objeto (así, por ejemplo, las sociedades anónimas del mercado financiero o las sociedades anónimas deportivas) o las personas de los socios (como es el caso de las sociedades laborales y las sociedades profesionales), y respecto de las cuales el Anteproyecto se limita a señalar que "son también mercantiles aquellas a las que la ley atribuye carácter mercantil" (artículo 211-1.2). La regulación de estas sociedades mercantiles, comúnmente conocidas como "sociedades mercantiles especiales", se remite a lo que dispongan las normas con rango de ley que les sean específicamente aplicables y, en su defecto, a las disposiciones del propio Código (artículo 211-2.1).

La remisión de la disciplina de estas sociedades mercantiles especiales a sus normas específicas no obsta para que éstas deban coordinarse o adaptarse a lo dispuesto en el Anteproyecto en un doble sentido:

- Por una parte, sería preciso actualizar las referencias normativas que en la legislación específica se realizan a normas que se encuentran actualmente derogadas o que lo serán por el futuro Código Mercantil. En efecto, las leyes reguladoras de las sociedades cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas), las sociedades mutuas de seguros (texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre), las sociedades de garantía recíproca (Ley 1/1994, de 11 de marzo, de Sociedades de Garantía Recíproca), las entidades bancarias (Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito), las entidades aseguradoras distintas de las sociedades mutuas de seguros (texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre), las entidades del mercado de valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), las entidades de inversión colectiva (Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva), las entidades de capital-riesgo (Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus entidades gestoras), las sociedades anónimas deportivas (artículos 19 a 29 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte), las sociedades laborales (Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales) y las sociedades profesionales (Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales), así como sus normas de desarrollo, contienen múltiples alusiones al "Código de Comercio", a la "Ley de Sociedades Anónimas", a la "Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", a la "Ley sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles", a la "Ley de Sociedades de Capital" y a la "Ley del Contrato de Seguro". Estas referencias deberían sustituirse en una disposición final del Anteproyecto por las que proceda efectuar a los correspondientes preceptos del Código Mercantil, o, cuando menos y en espera de que tales ajustes se produzcan progresivamente, tendría que incluirse una disposición final en la que se diga que tales referencias deben entenderse hechas a los artículos de dicho Código que resulten de aplicación en cada caso.

- Por otra parte, sería obligado revisar el contenido sustantivo de la legislación reguladora de las sociedades mercantiles especiales para eliminar aquellas previsiones que no sean realmente especiales o cuya especialidad no se encuentre ya justificada, o, en fin, las que, a consecuencia de la armonización de la parte general del régimen de las sociedades mercantiles realizada por el Anteproyecto, se convertirán en normas especiales sin que el legislador haya pretendido darles tal carácter:

? En primer lugar, las leyes reguladoras de las sociedades mercantiles especiales contienen previsiones que se ocupan, en términos que no pueden considerarse idénticos pero tampoco excluyentes, de cuestiones contempladas en el Anteproyecto de Código Mercantil, lo cual podría plantear la duda, una vez que éste fuera aprobado y entrase en vigor, de si tales previsiones se limitan a reiterar lo dispuesto en dicho Código o introducen reglas especiales respecto del régimen general contenido en el mismo.

Así sucede, por ejemplo, con los caracteres que debe revestir el arbitraje estatutario en los conflictos que se planteen en las sociedades profesionales. Con carácter general, el Anteproyecto lo admite siempre y cuando se trate de un "arbitraje de Derecho" en el que "la administración de arbitraje y la designación de los árbitros" se encuentre encomendada a "una institución arbitral" (artículo 213-20); en cambio, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, prevé, en términos más genéricos, que las controversias societarias "sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución" (artículo 18), suscitándose con ello la cuestión de si, en el ámbito de las sociedades profesionales, se admite el arbitraje de equidad y el arbitraje no institucional; y la misma duda, aunque referida únicamente a la posibilidad del arbitraje no institucional, podría plantearse en relación con el arbitraje regulado en la disposición adicional décima de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. Similares problemas pueden producirse en relación con la determinación de las causas de separación y exclusión de los socios profesionales, dado que tales causas no se encuentran configuradas de la misma manera en el proyectado nuevo Código Mercantil (artículos 271-1 y siguientes) y en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (artículos 13 y 14).

Este tipo de dudas interpretativas serán frecuentes si no se realiza un detenido análisis de la parte dispositiva de la legislación reguladora de las sociedades mercantiles especiales que conduzca tanto a la eliminación de aquellas previsiones que no sean sino reiteración de lo dispuesto en el futuro Código Mercantil, como al mantenimiento de aquellas otras auténticamente especiales, con los oportunos ajustes de redacción que contribuyan a destacar su carácter especial frente al régimen común del mencionado Código.

? En segundo término, las leyes reguladoras de las sociedades mercantiles especiales contienen algunas reglas que, si bien a día de hoy constituyen una auténtica especialidad, son ubicadas, dentro del nuevo Código Mercantil, dentro de la parte general de sociedades mercantiles, de ahí que su mantenimiento como normas especiales ya no resulte justificado.

Tal ocurre, por ejemplo, con el artículo 6.3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, en el que se establece que "las personas que hubieren perdido la condición de socio y sus herederos podrán exigir la supresión de su nombre de la denominación social, salvo pacto en contrario", y que "el consentimiento de quien hubiera dejado de ser socio para el mantenimiento de su nombre en la denominación social será revocable en cualquier momento, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes". Esta previsión, que actualmente sólo figura en la Ley de Sociedades Profesionales, se generaliza en el artículo 212-3.2 del Anteproyecto de Código Mercantil, de ahí que haya perdido la consideración de norma especial aplicable únicamente a las sociedades profesionales y, por ello, deba suprimirse.

Igualmente debería incluirse en la proyectada legislación la derogación del régimen de modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas (artículos 63 a 69 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de sociedades cooperativas) y de las sociedades de garantía recíproca (artículos 55 a 58 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, de Sociedades

de Garantía Recíproca), salvo en aquellos puntos que constituyan realmente especialidades, como es la exigencia de autorización administrativa en el caso de estas últimas (artículo 55.2).

? En tercer lugar, las leyes reguladoras de las sociedades mercantiles especiales ofrecen en algunos aspectos soluciones que hasta ahora han sido coincidentes con el régimen común de las sociedades mercantiles de capital, pero que, tras la aprobación del Código Mercantil, se convertirían en reglas especiales, a consecuencia de que los cambios introducidos en dicho régimen común no han sido trasladados, por falta de coordinación, a la legislación especial.

Tal acontece con el régimen de impugnación de los acuerdos sociales, contemplado en los artículos 214-11 y siguientes del Anteproyecto de Código Mercantil. El artículo 31 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Sociedades Cooperativas, y el artículo 12 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, enumeran los acuerdos impugnables en términos idénticos a lo dispuesto en el vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, pero distintos, sin embargo, a la regulación de tales acuerdos contenida en el Anteproyecto de Código Mercantil. Del mismo modo, el artículo 31 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Sociedades Cooperativas, distingue, en línea con lo previsto en la actual legislación de sociedades de capital, entre acuerdos nulos y anulables, estableciendo un plazo de impugnación diferente para cada uno de ellos, mientras que el Anteproyecto de Código Mercantil elimina esta distinción entre unos y otros y establece un solo plazo para la impugnación de cualesquiera acuerdos sociales.

No parece pretenderse que estas previsiones, y otras de similar naturaleza, se conviertan, tras la aprobación del Código Mercantil, en normas especiales, por lo que deberían realizarse los oportunos ajustes en las citadas Leyes especiales a fin de que en ellas se sigan contemplando soluciones coincidentes con el régimen común de las sociedades mercantiles.

? Por último, las leyes reguladoras de las sociedades mercantiles especiales contienen previsiones distintas al régimen común de las sociedades mercantiles establecido en el Anteproyecto de Código Mercantil en aspectos que están sujetos a una regulación que no puede ser exceptuada a través de tales Leyes especiales.

Así sucede con el régimen jurídico del derecho de preferencia en los aumentos del capital de las sociedades profesionales, en el que se prevé una exclusión de tal derecho (artículo 17.1.b Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales) que se aparta de lo dispuesto en el artículo 252-13 del Anteproyecto de Código Mercantil pero también, y esto es lo más importante, del artículo 33 de la Directiva 2012/30/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se aprueba el texto consolidado de la Segunda Directiva en materia de sociedades de capital, que no admite excepción alguna a lo en él establecido.

Por último, la regulación de índole societaria que se propone incluir en el proyectado nuevo Código Mercantil debería tener en cuenta algunas normas vigentes que, probablemente por su antigüedad o escasa aplicación, no aparecen expresamente incluidos en el diseño codificador, como es el caso de la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano de administración de determinadas sociedades mercantiles.

B) Sistemática de la regulación proyectada

El Libro Segundo del Anteproyecto utiliza un criterio sistemático diferente del que aplica el vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

En este texto refundido, cada título se dedica a una materia concreta (constitución de sociedades; aportaciones sociales; participaciones sociales y acciones, junta general; administración de la sociedad; cuentas anuales, modificación de los estatutos sociales; separación y exclusión de socios; disolución y liquidación; y obligaciones), incluyendo, dentro de ellos, tanto las normas comunes a todas las sociedades mercantiles como las

normas especiales aplicables a los diferentes tipos sociales: como excepción, los tres últimos títulos se dedican a formas societarias concretas (sociedad nueva empresa; sociedad anónima europea; y sociedad anónima cotizada), en razón de las marcadas peculiaridades que éstas presentan y que aconsejan darles un tratamiento unitario. Por tanto y aun con esta excepción, prevalece el criterio sistemático de la unidad material - un título para cada materia- sobre el de la unidad tipológica -un título para cada forma societaria-.

La regulación proyectada en el Libro Segundo del Anteproyecto se aparta de dicho criterio, optando por dar preferencia a la unidad tipológica frente a la material. De este modo, su Título I establece las disposiciones generales aplicables a todas las sociedades mercantiles, relativas a las más variadas materias, el Título II regula las sociedades de personas, incluyendo unas disposiciones generales -Capítulo I- y otras específicas para la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria simple - Capítulo II-, el Título III se ocupa de las sociedades de capital, conteniendo disposiciones comunes -Capítulo I- y específicas para la sociedad limitada - Capítulo II-, disposiciones específicas para la sociedad anónima -Capítulo III-, la sociedad anónima europea -Capítulo IV-, las obligaciones -Capítulo V- y la sociedad comanditaria por acciones -Capítulo VI-, el Título VIII aborda el régimen de las sociedades cotizadas y el Título IX trata de las uniones de empresas. Por tanto, el Anteproyecto ha pretendido agrupar sistemáticamente el derecho de las sociedades mercantiles en títulos diferentes, atendiendo a la naturaleza y forma de cada uno de los distintos tipos societarios. Esta sistematización se realiza, sin embargo, de forma escalonada: en el primer nivel, las normas generales de las sociedades mercantiles, con independencia de que sean sociedades de personas o de capital; en el segundo nivel, las normas generales para las sociedades de personas y las normas generales para las sociedades de capital; en el tercer nivel, las normas especiales de cada una de las sociedades de personas - sociedad colectiva y sociedad comanditaria simple- y de cada una de las sociedades de capital -sociedad limitada, sociedad anónima, sociedad anónima europea y sociedad comanditaria por acciones-; y en el cuarto nivel, las normas especiales de las sociedades cotizadas.

La opción sistemática seguida por el Anteproyecto presenta algunos inconvenientes:

- Por una parte, las normas relativas a una misma materia aparecen dispersas a lo largo de su Libro Segundo, dificultando su conocimiento y aplicación por parte de los operadores jurídicos: así, por ejemplo, el régimen de la administración de las sociedades mercantiles está diseminado entre las disposiciones generales aplicables a todas ellas (Capítulo V del Título I: artículos 215-1 a 215-21), las normas generales aplicables a las sociedades de personas (Capítulo I del Título II: artículos 221-15 a 221-21), las normas generales aplicables a las sociedades de capital (Capítulo I del Título III: artículos 231-78 a 231-103), las normas especiales aplicables a las sociedades limitadas (Capítulo II del Título III: artículos 232-34 a 234-35), las normas especiales aplicables a las sociedades anónimas (Capítulo III del Título III: artículos 233-47 a 233-49) y las normas especiales aplicables a las sociedades anónimas cotizadas (Título VIII: artículos 283-44 a 283-17).

- Por otra parte, la dispersión normativa de cada materia no se compensa con un tratamiento realmente unitario de cada tipo social: así, para un conocimiento global del régimen de sociedades cotizadas no basta con atender a lo dispuesto en el Título VII del Libro Segundo, dedicado a ese tipo de sociedades, sino que deberán también tenerse en cuenta las disposiciones generales aplicables a las sociedades mercantiles del Título I del Libro Segundo, las normas generales aplicables a las sociedades de capital del Título III del Libro Segundo y las normas especiales aplicables a las sociedades anónimas del Título IV del Libro Segundo.

- Por último, la preferencia por la unidad tipológica no se hace de forma decidida, dado que el Libro Segundo del Anteproyecto atiende en no pocas ocasiones al criterio sistemático de la unidad material: en concreto, el Capítulo V del Título III, el Título IV, el Título V, el Título VI y el Título VII regulan las obligaciones, las cuentas anuales, la modificación de los estatutos sociales, las modificaciones estructurales y la separación y

exclusión de los socios y liquidación y extinción de las sociedades mercantiles, con independencia de su naturaleza y forma social.

En atención a tales circunstancias, el Consejo de Estado entiende que, en aras de una mayor claridad de la regulación proyectada, debiera considerarse si no es preferible que el Libro Segundo del Anteproyecto adoptase una técnica de sistematización diferente en la que, después de un primer título con disposiciones generales dedicadas a la distinción entre sociedades de personas y sociedad de capital y a la enumeración y definición de los tipos societarios comprendidos en cada una de estas categorías, se diese un tratamiento unitario a las diferentes materias relevantes en el derecho societario, asignando a cada materia un título en que se contuvieran las normas generales de las sociedades mercantiles y especiales de cada tipo social, sin perjuicio de que, en determinados casos, las particularidades de una determinada forma social pudieran justificar la agrupación de sus normas en un título independiente.

C) Títulos I, II y III: Normas generales de las sociedades mercantiles y disposiciones propias de cada una de ellas

1. El concepto de sociedad mercantil. En la regulación vigente, contenida en el Código Civil (artículo 1670), el Código de Comercio (artículos 119 y 122) y las leyes reguladoras de determinados tipos societarios, la determinación del carácter civil o mercantil de las sociedades se realiza mediante la combinación de dos criterios distintos, que pueden exponerse -de manera simplificada- como sigue:

a) El criterio del objeto. De acuerdo con el mismo, las sociedades que se dediquen a una actividad mercantil deben constituirse con arreglo a un tipo mercantil (la denominada "mercantilidad objetiva", que impone la aplicación del régimen jurídico de este tipo societario) y tendrán carácter mercantil (la denominada "mercantilidad subjetiva", que obliga al cumplimiento del estatuto del comerciante: inscripción en el Registro Mercantil, llevanza de contabilidad, etc.): por tanto, la materia mercantil exige un tipo mercantil y determina el carácter mercantil de la sociedad. Por su parte, las sociedades que desarrollen una actividad civil pueden constituirse en forma civil o mercantil (lo cual determinará, según el caso, la aplicación de las normas civiles del contrato de sociedad o del tipo mercantil elegido) pero tendrán siempre carácter civil (de forma que no deben observarse las obligaciones propias del estatuto del comerciante): en este caso, la materia civil, aun cuando no impone necesariamente una forma civil de constitución, determina siempre el carácter civil de la sociedad.

b) El criterio de la forma. De conformidad con este segundo criterio, las sociedades que se constituyan en determinada forma mercantil (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad comanditaria por acciones -artículo 2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio-; sociedad de garantía recíproca -artículo 4 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca- ; y agrupación de interés económico -artículo 1.1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico-) tienen carácter mercantil, con independencia de la naturaleza civil o mercantil de la actividad desarrollada.

El Anteproyecto de Código Mercantil mantiene estos dos criterios, aunque formulándolos con un alcance bien diferente. Concretamente, el artículo 211-1 de la regulación proyectada, bajo la rúbrica "Sociedades mercantiles", dispone:

"1. Son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten alguno de los siguientes tipos:

- a) La sociedad colectiva.
- b) La sociedad comanditaria simple.
- c) La sociedad limitada.
- d) La sociedad anónima.

- e) La sociedad comanditaria por acciones.
- f) La sociedad cooperativa.
- g) La sociedad mutua de seguros.
- h) Las sociedades de garantía recíproca.

2. Son también sociedades mercantiles aquellas a las que la ley atribuya carácter mercantil."

A la vista del tenor de este precepto, resulta que el criterio del objeto para la determinación del carácter mercantil de las sociedades se formula en el proyectado artículo 211-1 ("Son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado") siguiendo las pautas utilizadas para la delimitación del ámbito de aplicación del Código Mercantil en los artículos 001-2 y 001-3.

A las consideraciones ya realizadas en su lugar en relación con la conveniencia de revisar el ámbito de aplicación del Código Mercantil, debe añadirse que la mercantilidad de las sociedades en razón de su objeto, en cuanto es trasunto del referido ámbito de aplicación, acusa igualmente una excesiva amplitud, que hará difícil, si no imposible, identificar en el tráfico jurídico sociedades civiles externas. De acuerdo con lo previsto en el Anteproyecto, todas aquellas sociedades que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios "para el mercado" tendrán -de acuerdo con el Anteproyecto- la consideración de sociedades mercantiles. Con ello, se sanciona el carácter mercantil de las sociedades que desarrollen cualquier tipo de actividad externa, incluso de aquellas que tradicionalmente se han considerado de naturaleza civil. Esta opción debería ser replanteada tanto por las razones dogmáticas que se han expuesto al analizar el ámbito de aplicación del Código Mercantil como por los motivos de oportunidad que desaconsejan la imposición del estatuto del comerciante, con las obligaciones más rigurosas que el mismo conlleva, a determinadas actividades externas -las tradicionalmente civiles- que no se encuentran organizadas en forma empresarial.

En relación con esta misma cuestión, cabe observar que el criterio de determinación de la mercantilidad de las sociedades en razón de su objeto entra en contradicción con el mantenido por la legislación reguladora de las sociedades profesionales y de las sociedades agrarias de transformación, que, sin embargo, no se modifica por el Anteproyecto:

? La sociedades profesionales pueden constituirse, de acuerdo con la Ley 2/2007, de 15 de marzo, "con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes" (artículo 1.2), incluso como "sociedades civiles" (epígrafe II, párrafo cuarto de la exposición de motivos). Sin embargo, de acuerdo con los términos en que el artículo 211-1.1 del Anteproyecto configura el criterio de determinación de la mercantilidad de las sociedades en razón de su objeto, las actuales sociales civiles profesionales, en la medida en que suponen una prestación de servicios para el mercado, pasarían a ser mercantiles en todo caso. Este planteamiento no se ha traducido, sin embargo, en la eliminación de la posibilidad, actualmente contemplada en la Ley 2/2007, de que se constituyan sociedades civiles profesionales.

Tampoco resulta coherente con la nueva formulación del criterio de determinación de la mercantilidad de las sociedades en razón de su objeto que el artículo 140-2.1º.c) del Anteproyecto considere sujeto inscribible a "las sociedades profesionales, cualquiera que sea la forma jurídica de su organización". Esta previsión tiene sentido atendiendo a los términos actuales de la Ley 2/2007, en la que -como dice su exposición de motivos (epígrafe II, párrafo cuarto)- "se someten las sociedades profesionales a un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, incluso cuando se trate de sociedades civiles". Pero dado que, de acuerdo con el artículo 211-1.1 del Anteproyecto, todas las sociedades profesionales deberían tener carácter mercantil, carece de sentido que se contemple en el artículo 140-2.1º.c) de la regulación proyectada a "las sociedades profesionales, cualquiera que sea la forma jurídica de su

organización", como un sujeto inscribible distinto de "las sociedades mercantiles" a que se refiere el artículo 140-2.1º.c) del Anteproyecto.

? Las sociedades agrarias de transformación, por su parte, son, de acuerdo con el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, "sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, la promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad". Atendiendo al criterio de determinación de la mercantilidad de las sociedades por razón de su objeto establecido en el artículo 211-1.1 del Anteproyecto, y a la expresa inclusión de las actividades agrarias dentro del ámbito de aplicación del Código Mercantil definido por el artículo 001-2.1.a).1º del Anteproyecto, las sociedades agrarias de transformación tendrían que considerarse igualmente como mercantiles, con todas las consecuencias que esta calificación comporta, entre las que se incluye el necesario reflejo que deberá tener en la regulación reglamentaria del Registro Mercantil.

Estas contradicciones entre el criterio de determinación de la mercantilidad de las sociedades en razón de su objeto recogido por el artículo 211-1.1 del Anteproyecto, de una parte, y el carácter civil que puede atribuirse a las sociedades profesionales o que viene impuesto en todo caso a las sociedades agrarias de transformación, derivan en última instancia de la amplitud con la que el Anteproyecto define el ámbito de aplicación del Código Mercantil y obligan a ponderar debidamente las consecuencias de la extensión de la materia mercantil a cualesquiera actividades de producción o cambio de bienes y prestación de servicios para el mercado, con independencia de que éstas pueden o no incluirse entre las actividades económicas organizadas que son propias de un empresario.

Por lo que concierne al criterio de la forma para la determinación del carácter mercantil de las sociedades, cualquiera que sea su objeto, se aplica actualmente en el ordenamiento español en el caso de las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades comanditarias por acciones, sociedades de garantía recíproca y agrupaciones de interés económico. El artículo 211-1.1 del Anteproyecto acoge este criterio, extendiéndolo a la sociedad comanditaria simple y a las sociedades de base mutualista (sociedad cooperativa, sociedad mutua de seguros y sociedad de garantía recíproca). El artículo 292-2 del Anteproyecto, por su parte, sanciona el carácter mercantil de las agrupaciones de interés económico.

De entre las sociedades que el Anteproyecto considera mercantiles por la forma, sólo las sociedades de base mutualista (sociedades cooperativas, sociedades mutuas de seguros y reaseguros y sociedades de garantía recíproca) no se encuentran reguladas en el mismo. Tales sociedades se registrarán, en consecuencia, por lo dispuesto en su legislación especial, prevaleciendo las normas propias de cada tipo social recogidas en tales leyes sobre las comunes a toda clase de sociedades mercantiles, de acuerdo con el artículo 211-2.2 de la regulación proyectada.

No obstante lo anterior, el Anteproyecto no siempre extrae las consecuencias debidas de la atribución del carácter mercantil a las sociedades de base mutualista, como sucede, en particular, con la inscripción de las sociedades cooperativas. En cuanto se trata de sociedades mercantiles por razón de la forma (artículo 211-1.f), las sociedades mercantiles son sujetos inscribibles en el Registro Mercantil (art. 140-2.1º.b). Sin embargo, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, condiciona la adquisición de personalidad jurídica a la inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas, de naturaleza administrativa. La consecuencia del carácter mercantil de las sociedades cooperativas debiera ser que la adquisición de la personalidad jurídica se produjera con su inscripción en el Registro Mercantil y no, como actualmente sucede, con su inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas.

El hecho de que las sociedades cooperativas se hayan venido inscribiendo en un registro administrativo, el Registro de Sociedades Cooperativas, y no en el Registro Mercantil, encuentra su explicación en el discutido carácter mercantil de estas sociedades, como el Consejo de Estado tuvo ocasión de examinar en su dictamen de 12

de diciembre de 2001 (expediente número 3193/2001), emitido en relación con el proyecto de Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas.

Se exponía en aquel dictamen que la Ley de Cooperativas de 8 de septiembre de 1931 previó ya un Registro especial de cooperativas y que en esta misma línea se situó la Ley de 2 de enero de 1942 -después desarrollada por el Reglamento de 11 de noviembre de 1943- cuya exposición de motivos alude de forma expresa a la consideración personal de la sociedad cooperativa, "apartando de ella el espíritu mercantil, eliminando el fin de lucro, y procurando eludir toda posible competencia desleal". Así, los artículos 5 y 6 de la citada Ley de 1942 regulaban la relación de la sociedad cooperativa con el Ministerio de Trabajo a los efectos de su constitución y el artículo 7 establecía que "el Ministerio de Trabajo llevará el registro especial de sociedades cooperativas, en el que deberán figurar inscritas antes de dar comienzo a sus operaciones".

La Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 diseñó un sistema mixto registral, y así, su artículo 41 -al igual que el artículo 72 del Reglamento de 16 de noviembre de 1978- aludía a la inscripción de las cooperativas en el Registro del Ministerio de Trabajo y "toma de razón" en el Registro Mercantil.

Sin embargo, la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, no siguió este sistema mixto, retornando en su artículo 16 al criterio de la sola inscripción en el Registro de Cooperativas dependiente de la Administración General del Estado o de la Administración autonómica correspondiente con competencia en esta materia.

La vigente Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, mantiene este mismo criterio, cambiando la denominación del registro dependiente de la Administración General del Estado, que pasó a llamarse Registro de Sociedades Cooperativas. Este Registro, existente en la actualidad, extiende su ámbito de aplicación a todas las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad en el territorio de varias Comunidades Autónomas -siempre que dicha actividad no se haga con carácter principal en ninguna de ellas en particular- y a las que radiquen en Ceuta y Melilla. Las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de cooperativas, creando sus respectivos registros.

Como puede apreciarse, las sociedades cooperativas españolas no siguen, en materia registral, el sistema francés o italiano, entre otros, en los cuales se prevé su inscripción en el Registro Mercantil. Este régimen ha sido reivindicado para España por una gran parte de la doctrina mercantilista, sobre la base de entender que la sociedad cooperativa, a la vista de los fundamentos de su regulación, tiene un carácter mercantil. En este sentido, la propia exposición de motivos de la Ley 27/1999 justifica que la "formulación jurídica" de las cooperativas "encuentre sólidos soportes para su consolidación como empresa" con el argumento de que "en un mundo cada vez más competitivo y riguroso en las reglas de mercado, la competitividad se ha convertido en un valor consustancial a su naturaleza cooperativa, pues en vano podría mantener sus valores sociales si fallasen la eficacia y rentabilidad propias de su carácter empresarial."

Sin embargo, la actual Ley 27/1999 no contiene una expresa declaración del carácter mercantil de las sociedades cooperativas, que sí se incluye en el Anteproyecto de Código Mercantil. La declaración del carácter mercantil de las sociedades cooperativas por razón de la forma, tal y como se prevé en la regulación proyectada, no supondrá, en muchos casos, que se trate de entidades que produzcan bienes o presten servicios a terceros y, por ello, que ejerzan una típica actividad empresarial. Así sucederá, por ejemplo, con las cooperativas de consumidores y usuarios que produzcan bienes para uso y consumo exclusivo de los cooperativistas, como está expresamente contemplado en la legislación vigente. Sin perjuicio de ello, la consideración de las sociedades cooperativas como sociedades mercantiles debería traducirse en la exigencia de inscripción en el Registro Mercantil, de conformidad con la legislación mercantil general que les será de aplicación.

2. Los tipos de sociedad mercantil: en particular, la superposición de las sociedades anónimas y las sociedades limitadas. Como es tradicional en nuestro Derecho de

Sociedades, el Anteproyecto distingue entre sociedades de personas y sociedades de capital, incluyendo, dentro de las primeras, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria simple, y, dentro de las segundas, la sociedad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.

La delimitación de cada uno de estos tipos sociales realizada por el Anteproyecto responde sustancialmente a los mismos criterios que ya vienen aplicándose en la actualidad bajo la vigencia del Código de Comercio y de la Ley de Sociedades de Capital. Precisamente por ello, la regulación proyectada acusa el problema de la "superposición tipológica" entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, largamente debatido en la doctrina científica.

En abstracto, la distinción entre sociedades anónimas y sociedades limitadas, desde un punto de vista tipológico, parte de la diferente naturaleza de ambas sociedades, ya que, mientras la sociedad anónima tiene un carácter corporativo, la sociedad limitada presenta un carácter híbrido o mixto que se refleja en la existencia coetánea de elementos corporativos -comunes con la sociedad anónima- y elementos personalistas -propios de la sociedad limitada-. De este modo, ambos tipos sociales tienen en común la responsabilidad limitada de los socios y su organización a través de una estructura corporativa, pero se diferenciarían -en razón de los elementos personalistas presentes en la sociedad limitada- por las dos siguientes notas:

- En primer lugar, la sociedad anónima es naturalmente abierta, mientras que la sociedad limitada es esencialmente cerrada. El carácter abierto de la sociedad anónima se refleja en que las acciones en que se divide el capital social son libremente transmisibles. En cambio, la transmisión de las participaciones sociales en que se divide el capital de las sociedades limitadas está sujeta a restricciones.

- En segundo término, el régimen jurídico de la sociedad anónima es más rígido que el de la sociedad limitada, donde el juego de la autonomía de la voluntad es mayor que en la anónima. El carácter imperativo del régimen de la sociedad anónima se pone de manifiesto, en particular, en el sistema de defensa del capital social, como garantía de los acreedores sociales, que no existe en la sociedad limitada.

En el tráfico jurídico sólo la segunda de estas notas puede considerarse realmente distintiva de ambos tipos sociales, dado que -como señala la exposición de motivos del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital- la aludida contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas "no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas -salvo, obviamente, las cotizadas- son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones". De este modo se produce -continúa diciendo la exposición de motivos- "una superposición de formas sociales, en el sentido de que para unas mismas necesidades -las que son específicas de las sociedades cerradas- se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales diferentes, concebida con distinto grado de imperatividad, sin que el sentido de esa dualidad pueda apreciarse siempre con claridad". En consecuencia -concluye la exposición de motivos- , "queda sin respuesta la pregunta de cuál debe ser en el futuro la relación entre las dos formas principales de las sociedades de capital".

La conveniencia de plantearse una reordenación tipológica de las sociedades mercantiles de capital se ha agudizado en los últimos años habida cuenta de que, pudiendo las sociedades limitadas funcionar en términos semejantes a las sociedades anónimas cerradas y siendo su constitución menos costosa -baste citar que el capital social mínimo es en aquéllas 3.000 euros y en éstas 60.000 euros-, cabe apreciar un claro desplazamiento de la sociedad anónima como tipo social básico o preferente en beneficio de la sociedad limitada. Así, en el año 2013, el 98,9% de las 93.756 sociedades mercantiles constituidas eran sociedades limitadas.

El Anteproyecto no realiza, sin embargo, avances significativos respecto de la situación descrita por el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Según dice la exposición de motivos, "no se ha considerado prudente modificar drásticamente el statu quo tipológico, teniendo en cuenta diversas circunstancias que resultan

atendibles", entre las que se citan: en primer lugar, "el hecho constatado de que la expansión de la sociedad limitada ha terminado por atribuir a este tipo societario la función de tipo básico de las sociedades de capital en la práctica, relegando a la sociedad anónima a un ámbito más reducido"; en segundo término, "la evidencia de que muchas de las sociedades anónimas existentes, procedentes en buena parte de la época en que era tipo preferente, conservan carácter cerrado, con mayor o menor dimensión, en cláusulas estatutarias concebidas de acuerdo con la legislación vigente, por lo que su depuración, incluso aplazada en el tiempo, hubiera supuesto una alteración notablemente perturbadora en su dinámica accionarial o en su composición personal, con notoria incertidumbre", y; por último, "la poderosa irrupción de la sociedad cotizada como subtipo ya necesariamente abierto ha provocado también una retracción del espacio natural de la anónima cerrada".

De las razones apuntadas en la exposición de motivos para el mantenimiento del denominado "statu quo" tipológico, sólo la segunda de ellas resulta especialmente sustancial. En efecto, el hecho de que la sociedad de responsabilidad limitada, en su configuración institucional de sociedad esencialmente cerrada, se haya convertido en el tipo básico en el tráfico mercantil, y el de que las sociedades anónimas, en su configuración institucional de sociedad esencialmente abierta, hayan quedado prácticamente restringidas al ámbito la sociedades cotizadas, no son razones que aconsejen la prolongación de ese "statu quo", sino más bien lo contrario. Por otra parte, el riesgo de incidir en el equilibrio accionarial de las sociedades anónimas existentes no puede convertirse en un obstáculo insalvable para una eventual reordenación tipológica de las sociedades mercantiles, máxime cuando dicho riesgo podría moderarse o incluso contrarrestarse en razón de la eficacia temporal que se diera a la nueva regulación.

La realidad del tráfico jurídico pone de manifiesto que la reordenación de los tipos sociales constituye una necesidad cada vez más perentoria, a la que podría atenderse bien mediante el reconocimiento expreso de un distinto ámbito de la autonomía estatutaria en la sociedad anónima y en la sociedad limitada y la profundización en dicha autonomía dentro de las sociedades limitadas, bien sustituyendo esta clásica distinción, que se basa en la forma social, por otra -probablemente más acorde con las circunstancias presentes- que ponga el acento en la admisión de las acciones de la sociedad a negociación en los mercados de valores: como ya advierte la exposición de motivos del texto refundido de la Ley de Sociedad de Capital, la distinción radicaría, "más que en una rígida contraposición por razón de la forma social elegida, en tener o no la condición de sociedad cotizada", atribuyendo así a las sociedades no cotizadas un grado de flexibilidad que permita a los socios, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, configurar la estructura societaria de forma abierta o cerrada, y a las sociedades cotizadas un grado de rigidez que las caracterice como necesariamente abiertas y suponga una garantía para los acreedores sociales.

3. El arbitraje societario. Ni la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje, ni la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su redacción originaria, hacían referencia expresa a la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que se suscitaban en las sociedades de capital. El silencio de una y otra Ley planteó la duda de si la mayoría del capital social podía introducir una cláusula arbitral mediante la modificación de estatutos. La cuestión discutida no radicaba, pues, en si la materia societaria era susceptible de arbitraje, sino en si la mayoría del capital social podía, tras la constitución de la sociedad, introducir una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje. Siendo la unanimidad de los socios un presupuesto indispensable de la constitución de la sociedad, no suscitaba controversia alguna que los socios pudieran incluir una cláusula arbitral en los estatutos originarios -así lo admitió además la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2005, de 17 de enero-, de modo que la cuestión se centraba en determinar si la mayoría del capital social, mediante una modificación de estatutos, podía introducir dicha cláusula, quedando los socios minoritarios obligados a someterse a dicho procedimiento extrajudicial de resolución de controversias.

Durante varias décadas, la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitieron la posibilidad de la incorporación ex post de una cláusula arbitral en la modificación de estatutos. Contra esta práctica reaccionó la Sala de lo Civil del

Tribunal Supremo, que, en sentencia de 9 de julio de 2007, recaída en un supuesto en el que dos socios de una limitada habían votado en contra de la inclusión de una cláusula arbitral con ocasión de determinada modificación estatutaria, concluyó -con cita de la jurisprudencia constitucional recaída en la materia- que "la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía de amparo, según la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, exige el requisito de la aceptación de los afectados" (FJ 3º).

Tras este pronunciamiento, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, introdujo en la referida Ley de Arbitraje un nuevo artículo 11 bis ("Arbitraje estatutario") con la finalidad -decía su exposición de motivos- de "aclarar las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital". Pese a que el proyecto de Ley enviado a las Cortes exigía la unanimidad de los socios de las sociedades de capital para la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos, durante la tramitación parlamentaria se modificó por una mayoría de dos tercios. El referido precepto, actualmente vigente, dice así:

"1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.

2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral."

De este modo, la Ley 11/2011 admitió que una mayoría reforzada de dos tercios del capital social pudiera introducir una cláusula arbitral en una modificación de estatutos: en tal caso, los socios minoritarios de las sociedades de capital, aun cuando hubieran votado en contra del acuerdo, quedaban obligados a la resolución de sus controversias mediante arbitraje. Nada se dijo en esta Ley, por lo demás, acerca del arbitraje en las sociedades de personas.

En el Anteproyecto de Código Mercantil se introducen cambios significativos sobre el arbitraje societario en los artículos 213-20 ("Arbitraje estatutario") y artículo 271-5.1 ("Causas específicas de separación en sociedades de capital").

El artículo 213-20 del Anteproyecto señala:

"1. Salvo en el caso de las sociedades cotizadas, los estatutos podrán establecer que las controversias o conflictos que se susciten en la interpretación y en la aplicación de las normas en ellos contenidas, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria se resolverán mediante arbitraje de Derecho por uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

2. En las sociedades personalistas, la introducción en los estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el consentimiento de todos los socios: en las sociedades de capital, el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes de las participaciones sociales o a las acciones en que se divida el capital social."

El artículo 271-5.1 del Anteproyecto, por su parte, prevé en su letra d) que "el socio podrá separarse en las sociedades de capital cuando hubiera votado en contra de la

introducción en los estatutos sociales de cláusulas de sumisión a arbitraje de las controversias o conflictos de naturaleza societaria".

A la vista del tenor de tales preceptos, las novedades introducidas serían:

- Una descripción más detallada de los conflictos societarios que pueden ser objeto de arbitraje societario

- La admisión únicamente del arbitraje de Derecho

- El arbitraje institucional, que la vigente Ley de Arbitraje considera preceptivo en el supuesto de que la cuestión sometida a arbitraje sea la impugnación de acuerdos sociales, se hace ahora obligatorio en todo tipo de conflictos societarios

- Se atribuye un derecho de separación a los socios de las sociedades de capital que voten en contra de la inclusión de una cláusula arbitral en una modificación de estatutos

- La prohibición del arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas

- La exigencia de unanimidad de los socios para la incorporación de una cláusula arbitral en la modificación de los estatutos de las sociedades de personas.

Durante la tramitación del expediente, el Club Español del Arbitraje se ha opuesto a algunos aspectos de la reforma del arbitraje estatutario en las sociedades de capital, concretamente a su prohibición en las sociedades cotizadas y al reconocimiento de un derecho de separación a los socios minoritarios. A tal fin se esgrime que la prohibición del arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas, tomada del ordenamiento italiano, "es difícilmente compatible" con el objetivo de "mejorar el buen gobierno de las sociedades cotizadas", dado que "la posibilidad de acudir a un sistema rápido y eficaz para que los accionistas puedan reclamar contra la sociedad si sus derechos son vulnerados mejoraría lo que ha sido tradicionalmente el aspecto más criticable del régimen de buen gobierno de las empresas españolas: la falta de enforcement efectivo a través de los Tribunales de Justicia". Se dice, además, que en otros países como Gran Bretaña y Holanda se admite el arbitraje en las sociedades cotizadas.

Junto a ello, el Club Español del Arbitraje apunta que el reconocimiento de un derecho de separación al socio disidente que ha votado en contra de la incorporación a los estatutos de una cláusula social, igualmente traído del ordenamiento italiano, "implica, en términos prácticos, que ninguna sociedad existente se va a arriesgar a introducir una cláusula arbitral, excepto si existe unanimidad de todos los socios", pues, en otro caso, "el socio disidente tendría derecho a separarse y a recibir en metálico el valor real de la participación". Se menciona, en este punto, que el derecho francés considera que la cláusula arbitral sobrevenida es oponible a todos los socios, incluso disidentes, sin que exista un derecho de separación.

Junto a tales argumentos, el Club Español del Arbitraje afirma que la jurisprudencia constitucional ha venido considerando que la sumisión a arbitraje no es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución cuando "se funde en el consentimiento de las partes afectadas", que -según la lectura que el mencionado Club hace de la sentencia 352/2006, de 14 de diciembre- "no es necesario que sea expreso". Con base en este planteamiento, se alega la existencia de un "consentimiento tácito" por parte de aquellos socios que entran en las sociedades cuyos estatutos ya contienen cláusulas de arbitraje, o de un "consentimiento indirecto" cuando la modificación estatutaria se produce con posterioridad a su ingreso, ya que - se dice en relación con estos últimos- "los estatutos existentes en el momento inicial de ingreso del socio, junto con el régimen legal, contienen las reglas que regulan su posible modificación en el futuro", por lo que, "de forma indirecta", "el socio acepta que, si se satisfacen los requisitos establecidos en la ley y los estatutos, éstos podrán ser alterados en un momento posterior" para la introducción de una cláusula de arbitraje: cualquier otra solución -concluye el ya citado Club- "supondría adoptar una visión estrechamente contractualista de las sociedades, que no atiende a sus aspectos corporativos o institucionales, y contrariar uno de los

grandes principios configuradores de las sociedades de capital, que se rigen por el principio mayoritario".

Para pronunciarse con fundamento sobre esta controversia, es preciso recordar brevemente las condiciones que el Tribunal Constitucional ha impuesto para que la sumisión a arbitraje sea compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta doctrina se recoge en sus sentencias 174/1995, de 23 de noviembre, y 352/2006, de 14 de diciembre:

? En la sentencia 174/1995 se declaró la inconstitucionalidad del artículo 38.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT), cuyo párrafo primero decía así: "Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario".

Este precepto -dijo entonces el Tribunal Constitucional- venía a "establecer un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo que las partes contratantes hagan explícita su voluntad en contrario. Si no existe pacto en contrario, el convenio arbitral nace ex lege y puede invocarse, llegado el caso, como excepción" de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (FJ 2º).

El Tribunal no consideró reprochable, desde el punto de vista de constitucional, que "la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción ope legis de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía (500.000 pesetas)", sino que dicha presunción "no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados", lo cual -dijo- "establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos", consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución (FJ 3º).

? En la sentencia 352/2006 se examinó nuevamente la constitucionalidad del artículo 38.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, cuyo párrafo tercero decía así: "Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado".

Como puede apreciarse, este precepto establecía una presunción ope legis de sumisión a arbitraje que podía ser destruida por la manifestación de voluntad contraria de una sola de las partes y no -como se exigía en la redacción originaria de la Ley- de ambas. Además, importa subrayar que esta manifestación de voluntad contraria, para ser operativa, no tenía necesariamente que expresarse en el momento de la formalización del contrato, sino que bastaba con que la misma se realizase antes del inicio del servicio contratado. El Tribunal Constitucional consideró que la nueva redacción del precepto cuestionado se ajustaba a los requisitos exigidos por la sentencia 174/1995 para que la sumisión a arbitraje en él prevista no fuera contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de la Constitución, ya que "permite evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, ejercitando pretensiones frente a la otra parte, por la mera declaración unilateral del interesado, sin necesidad de pacto y de consentimiento de la otra parte" (FJ 3º).

Más concretamente, se dijo que "la consecuencia jurídica cuestionada -sometimiento al arbitraje-, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada: de una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica; de otra, porque los contratantes no

vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el dies ad quem para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento "en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada" que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación negocial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos" (FJ 4º).

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional admitió en esta importante sentencia la presunción *ope legis* de sumisión a arbitraje porque el precepto cuestionado se refería a asuntos de muy escasa cuantía y, lo que es más importante, confería a cualquiera de las partes contratantes la posibilidad de excluir el arbitraje, y ello no sólo el momento de la celebración del contrato sino también en cualquier otro posterior hasta que se iniciase o debiera haberse iniciado la prestación del servicio contratado.

No cabe duda de que, en el ámbito de las sociedades de capital, los intereses económicos en juego son de muy elevada cuantía, ni de que los socios minoritarios no tienen la facultad -exigida por la jurisprudencia constitucional- de excluir su sumisión al arbitraje en el supuesto de que así lo acuerde la mayoría del capital social mediante la correspondiente modificación estatutaria. Tampoco es discutible, por otra parte, que el previo conocimiento por parte de estos socios de las reglas de modificación de los estatutos sociales en modo alguno puede considerarse el otorgamiento de consentimiento alguno, ni siquiera de forma "indirecta" - como se ha alegado durante la tramitación del expediente-, a las cláusulas arbitrales que la mayoría del capital social pudiera introducir a posteriori.

A juicio del Consejo de Estado, la regulación proyectada atiende a las razones de orden constitucional que impiden la exclusión de la tutela judicial y el sometimiento a arbitraje cuando una sola de las partes manifieste su voluntad en contrario, pero sin desconocer el principio institucional básico de las sociedades de capital, que es el principio mayoritario. En tal sentido, el Anteproyecto no exige la unanimidad, sino la mayoría de dos tercios del capital social -ya contemplada en el artículo 11 bis de la vigente Ley de Arbitraje-, para la introducción *ex post* de una cláusula arbitral en los estatutos sociales, al tiempo que otorga un derecho de separación a los socios disidentes no reconocido en la normativa actual. Con ello se cohonesta el principio mayoritario que debe regir el funcionamiento de las sociedades de capital con las exigencias derivadas del artículo 24.1 de la Constitución, para el concreto supuesto de la incorporación de una cláusula arbitral a través de una modificación de estatutos sociales.

Conviene insistir, por tanto, en que el Anteproyecto no prohíbe la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos originarios, pues en este caso -como se ha dicho- siempre habrá unanimidad de todos los socios, ni tampoco considera ilícita la situación del socio que ingresa en una sociedad cuyos estatutos ya contemplaban una cláusula de sumisión a arbitraje conocida y aceptada por aquél. El Anteproyecto únicamente prevé el supuesto de inclusión de una cláusula arbitral a través de la modificación de estatutos, exigiendo la mayoría de dos tercios del capital social y otorgando un derecho de separación a quienes, en el momento de la modificación estatutaria, hayan votado en contra.

El fundamento de la regulación proyectada no se encuentra únicamente en las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, sino también, y de manera muy señalada, en la protección de los accionistas minoritarios como límite que, en determinados casos, puede imponerse al principio mayoritario. Esta última consideración es la que precisamente ha llevado a que el Anteproyecto excluya por completo el arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas, dada su caracterización de sociedades abiertas en las que el capital social se encuentra distribuido entre los accionistas en muy pequeños porcentajes.

A juicio del Consejo de Estado, el reconocimiento de un derecho de separación a los socios minoritarios de las sociedades de capital en caso de incorporación ex post de una cláusula arbitral, y la prohibición total del arbitraje en las sociedades cotizadas, no carecen de justificación en los términos y por las razones que han sido indicadas.

En otro orden de cosas, no se aprecia que el Anteproyecto limite los conflictos que pueden someterse a arbitraje -como dice el Club Español del Arbitraje- "a aquellos que surjan de la interpretación y aplicación de los estatutos, dejando fuera los conflictos nacidos de la interpretación de la ley", de forma "que los conflictos societarios se resuelvan por arbitraje si el precepto infringido son los estatutos y por los Tribunales si lo que se dice violada es la ley". Antes bien, el artículo 213- 20.1 del Anteproyecto realiza una descripción meramente ejemplificativa de los conflictos societarios susceptibles de arbitraje, al disponer que "los estatutos podrán establecer que las controversias o conflictos que se susciten en la interpretación y en la aplicación de las normas en ellos contenidas, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria". El tenor del precepto y, en particular, su referencia final a "cualquiera otros conflictos de naturaleza societaria", no permiten sostener que la regulación proyectada sólo considere susceptibles de arbitraje aquellos conflictos nacidos de la interpretación y aplicación de los estatutos.

Por último, la regulación del arbitraje estatutario en el Anteproyecto debe coordinarse, como ya se ha señalado con anterioridad, con aquellas normas especiales en las cuales se regula el arbitraje societario, como la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (artículo 18) y en la Ley de Sociedades Cooperativas (disposición adicional décima).

4. Los pactos parasociales. La denominación de "pactos parasociales" es utilizada por la jurisprudencia y la doctrina científica para referirse a aquellos convenios celebrados por todos o algunos de los socios de una sociedad mercantil con el objeto de concretar, completar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias del tipo social.

El artículo 119, párrafo tercero, del Código de Comercio dispone que "los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social". Interpretando este precepto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitió, sin embargo, la validez y eficacia inter partes -no, por tanto, frente a la sociedad- de tales pactos reservados (sentencias de 16 de febrero de 1901, 24 de febrero de 1902, 10 de junio de 1904, 8 de enero de 1910 y 2 de julio de 1931, entre otras).

Con posterioridad, el artículo 6 de la Ley de Sociedad Anónimas de 17 de julio de 1951 sancionó la nulidad de los pactos parasociales: "Son nulos -decía este precepto- los pactos sociales que se mantengan reservados".

Tras la reforma operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, para la adaptación de la legislación mercantil a las Directivas comunitarias en materia de sociedades, el artículo 7.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, admitió nuevamente la validez y eficacia inter partes de los pactos parasociales, aunque precisando que los mismos no eran oponibles a la sociedad. En este mismo sentido se manifestó años después el artículo 11.2 de la Ley 2/1995, de 3 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Y, en fin, la misma posición mantiene el vigente artículo 29 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, cuando dice: "Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedades". Por tanto, en la moderna legislación de sociedades de capital, los pactos parasociales se consideran válidos y eficaces inter partes, pero no resultan oponibles a la sociedad.

Este principio de inoponibilidad de los pactos parasociales se basa en la idea de que, como los mismos han sido suscritos al margen del contrato de sociedad, deben

desplegar sus efectos únicamente en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes los han suscrito, de acuerdo con el principio de relatividad de los contratos establecido en el artículo 1257, párrafo segundo, del Código Civil. La consecuencia principal de este entendimiento es la validez de los acuerdos sociales que sean contrarios a los pactos parasociales.

No obstante, se ha defendido en la moderna doctrina científica que los pactos parasociales deben resultar oponibles a la sociedad cuando hayan sido convenidos por todos los socios y su objeto pueda lícitamente admitirse en el ordenamiento societario, pues en tal supuesto -se ha dicho- quebrarían los presupuestos existenciales del mencionado principio de relatividad, al haber no sólo un identidad subjetiva entre quienes suscriben los pactos y los miembros de la sociedad, sino también una identidad objetiva, en cuanto los resultados perseguidos con tales pactos encuentran igualmente amparo en la legislación societaria. La jurisprudencia y la doctrina registral se ha decantado también en ocasiones por la oponibilidad de los pactos parasociales suscritos por todos los socios, aunque acudiendo a argumentos distintos de la quiebra del principio de relatividad, como son la ficción de la existencia de un junta general en la celebración del pacto parasocial (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1991, 10 de febrero de 1992 y 18 de marzo de 2002), la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1987) y los principios de buena fe e interdicción del abuso del derecho (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1989).

Sin embargo, en sus últimos pronunciamientos, el Tribunal Supremo ha mantenido que "la mera infracción del convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado", sino que debe acreditarse que este acuerdo -como exige la legislación de sociedades de capital- "sea contrario a la ley, se oponga a los estatutos o lesione, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad" (sentencias de 10 de diciembre de 2008 y 6 de marzo de 2009).

En este estado de cosas, el Anteproyecto consagra, de forma absoluta y con todas sus consecuencias, la regla de la inoponibilidad de los pactos parasociales, incluso de aquellos que hayan sido suscritos por todos los socios y respecto de los que exista constancia registral. De acuerdo con la regulación proyectada, los pactos parasociales serán válidos y tendrán eficacia inter partes, pero no serán en ningún caso oponibles frente a la sociedad, cuyos acuerdos serán válidos aun cuando contravengan lo dispuesto en tales pactos, como a continuación se expone.

La validez de los pactos parasociales, que resulta implícita de lo dispuesto en el artículo 213-21.1 del Anteproyecto, se excepciona en el supuesto previsto en el artículo 213-21.2: "Son nulos -según este apartado- aquellos pactos parasociales por los que uno o varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de los socios o de terceros en el ejercicio de su cargo". Los pactos parasociales, como cualquier convenio contractual, están sometidos a los límites generales de la autonomía de la voluntad establecidos en el artículo 1255 del Código Civil. No parece que el propósito de la regulación proyectada sea el de que, tras la entrada en vigor del Código Mercantil, el único supuesto de pacto parasocial nulo sea el contemplado en artículo 213-21.2. En principio, debe considerarse que la causa de nulidad contemplada en el Anteproyecto constituye una aplicación de tales límites a un supuesto concreto que se ha considerado de especial relevancia en orden a su recepción en una norma de derecho positivo, sin perjuicio de la aplicación que pueda hacerse de los límites genéricos del artículo 1255 del Código Civil. Sería en todo caso conveniente que se aclarase esta cuestión, siquiera sea en la exposición de motivos del Anteproyecto.

La eficacia inter partes de los pactos parasociales recibe atención especial en el artículo 213-21.3 del Anteproyecto, en el que se dispone que "quien hubiera incumplido un pacto parasocial deberá indemnizar los daños y perjuicios causados y asumir las demás consecuencias previstas en el pacto". De este modo se reconoce que las partes del pacto parasocial pueden ejercitar la acción de cumplimiento e indemnización de daños y perjuicios, como de hecho ya se viene haciendo con base en las normas civiles

de obligaciones y contrato aplicables en cada caso. La proyectada previsión no constituye, por tanto, una novedad respecto del ordenamiento vigente.

La regla de la inoponibilidad de los pactos parasociales se contempla en el artículo 213-21.1 del Anteproyecto: "Los pactos celebrados entre todos o algunos de los socios - dice este apartado-, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos, estén o no depositados en el Registro Mercantil, no serán oponibles a la sociedad. Los acuerdos sociales adoptados en contra de lo previsto en los pactos serán válidos".

Durante la tramitación del expediente, un relevante despacho en el ámbito de la abogacía de los negocios ha sugerido que la consagración de la regla de la inoponibilidad de los pactos parasociales, en línea con la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, determinaría que tales pactos, muy frecuentes en la práctica mercantil, sean únicamente válidos en el plano civil y, por ende, "inútiles" o "poco útiles" en el ámbito societario.

A juicio del Consejo de Estado, la opción elegida por el Anteproyecto -la regla de la inoponibilidad de los pactos parasociales- no contraviene los principios dogmáticos aplicables en este ámbito, incluso en aquellos supuestos en que los pactos parasociales hayan sido suscritos por todos los socios. El antes referido principio de relatividad de los contratos impone que éstos surtan únicamente efectos entre las partes, de donde resulta que, aun cuando los sujetos que han suscrito el contrato de sociedad y el pacto parasocial sean los mismos -que en puridad no lo son, dado que la sociedad resultante del contrato de sociedad es un sujeto distinto de los socios que han convenido el pacto parasocial-, no pueda exigirse en el ámbito societario lo que se ha pactado en la esfera contractual.

Ciertamente podría haberse introducido una excepción al principio de relatividad de los contratos -no son pocas las que ya existen en el ordenamiento civil-, pero tal no ha sido la solución acogida por la regulación proyectada, que, como se ha visto, responde a las exigencias derivadas del mencionado principio de relatividad. Además, la solución por la que opta el Anteproyecto tiene la ventaja de acabar con la inseguridad jurídica que existía en este ámbito y contribuir a un funcionamiento más transparente y ordenado de las sociedades de capital.

Por último, la extensión de esta nueva regulación a los protocolos familiares se justifica en que éstos son una especie de pacto parasocial suscrito por los socios entre sí o con terceros cuando entre ellos existen vínculos familiares.

5. Derechos de minoría. El vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, atribuye una serie de derechos a los socios que, en conjunto, representan un 5% del capital social de cualesquiera sociedades mercantiles, sean anónimas, limitadas o comanditarias por acciones: en concreto, se encuentran facultados para solicitar la convocatoria de la junta (artículo 168) o el complemento del orden del día de la junta (artículo 172), ejercer acciones de responsabilidad contra los administradores (artículos 238 y 239), e interesar el nombramiento de auditores en determinados supuestos (artículo 265); además, en el exclusivo ámbito de la sociedad anónima, los socios que representan un 5% del capital social puede solicitar el nombramiento de un experto independiente para la valoración de las aportaciones no dinerarias (artículo 69). Estas facultades legales de los socios minoritarios son conocidas en la doctrina científica y en la práctica mercantil como "derechos de minoría". Esta denominación, que no figura en el actual texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se recoge ahora en el artículo 231-23 del Anteproyecto, que lleva precisamente esa rúbrica y dice así:

"1. Son derechos de minoría los que se atribuyen por este Código o por los estatutos sociales a quienes ostenten individual o conjuntamente la titularidad de un determinado porcentaje del capital o, en las sociedades limitadas, un determinado porcentaje de derechos de voto.

2. Sin perjuicio de lo que establezca este Código para casos especiales, se entiende por minoría en las sociedades anónimas el cinco por ciento del capital social o, en las sociedades limitadas, el cinco por ciento de los derechos de voto.

3. Los estatutos de la sociedad podrán reducir el porcentaje legal exigido para el ejercicio de los derechos de minoría."

El cambio más relevante introducido por este precepto respecto de la normativa vigente atañe a la base sobre la que debe aplicarse el porcentaje establecido como regla general (cinco por ciento), o cualquiera otros porcentajes específicos previstos en supuestos singulares, a efectos del ejercicio de los derechos de minoría. Como se ha expuesto, en el vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se exige un cinco por ciento del "capital social" en cualquier tipo de sociedad mercantil, sea anónima, limitada o comanditaria por acciones. En cambio, la regulación proyectada distingue entre la sociedad anónima y la sociedad limitada, disponiendo que el porcentaje para el ejercicio de los derechos de minoría se aplique en la primera sobre el "capital social" y en el segundo sobre los "derechos de voto".

El Anteproyecto suscita en este punto tres observaciones:

- En primer lugar, la utilización en el proyectado artículo 231-23 de parámetros diversos -"capital social" en las sociedades anónimas, "derechos de voto" en las sociedades limitadas- para el cálculo del porcentaje exigido para el ejercicio de los derechos de minoría dista de tener una justificación evidente. El fundamento de esta distinción parece encontrarse en el hecho de que en las sociedades limitadas, a diferencia de lo que sucede en las anónimas, se admite que los estatutos autoricen la creación de participaciones con voto plural (es decir, varios votos por cada participación), lo cual no es sino un reflejo de los elementos personalistas que subyacen en este tipo societario. Frente a ello, se ha alegado durante la tramitación del expediente que en las sociedades anónimas existen acciones sin voto y se admite la limitación del número máximo de votos, y que, pese a ello, se tiene en cuenta un porcentaje de "capital social" y no el de los derechos de voto para la determinación del concepto de minoría. Puede resultar discutible, en efecto, si el componente personalista de las sociedades limitadas debe traslucir en la conformación de los derechos de las minorías. El interés primero y principal de los socios de cualquier sociedad de capital, tanto anónima como limitada, es la obtención de un beneficio proporcional al porcentaje que ostentan en el capital social, de ahí que, en principio, resulte aconsejable que la protección de los socios minoritarios frente a las decisiones adoptadas por la mayoría se articule en la medida de ese interés, es decir, en función de su porcentaje en el capital social. Adviértase que en una sociedad limitada en la que existan participaciones con el privilegio del voto plural, los socios que no ostenten tales participaciones privilegiadas quedarían en una distinta posición aunque su porcentaje en el capital social fuera relevante. Por ello, los efectos de las modulaciones de los derechos de voto deberían limitarse a la esfera de la organización y funcionamiento de la sociedad y, en particular, en lo que respecta a la adopción de los acuerdos sociales, pero no reflejarse en la configuración del concepto de minoría, dado que éste se encuentra concebido como un mecanismo de tutela del interés del socio, y ese interés es, en cualquier sociedad de capital -también en las limitadas-, exclusivamente capitalista. Sería posible, no obstante, conjugar el interés capitalista de los socios y las notas personalistas de la sociedad limitada estableciendo que el cálculo del porcentaje establecido para los derechos de minoría podrá efectuarse, alternativamente, atendiendo al cinco por ciento del capital social o al cinco por ciento de los derechos de voto.

- En segundo lugar, el artículo 231-23 del Anteproyecto se refiere únicamente al cálculo del porcentaje exigido para el ejercicio de los derechos de minoría en las sociedades anónimas y en las sociedades limitadas, pero no contempla cómo debe calcularse dicho porcentaje en las sociedades comanditarias por acciones, es decir, no precisa si en este tipo societario dicho porcentaje debe aplicarse sobre el "capital social" o sobre los "derechos de voto". Por ello, de prosperar la distinción entre estas dos reglas, debería precisarse a cuál de ellas es preciso atenerse en el caso de las sociedades comanditarias por acciones.

- Por último, la distinción entre "capital social" y "derechos de voto", establecida por el artículo 231-23 del Anteproyecto a efectos de aplicación del porcentaje del cinco por ciento exigido como regla general para el ejercicio de los derechos de minoría en las sociedades anónimas y limitadas, no se tiene en cuenta en algunos otros preceptos que, siendo aplicables a cualesquiera sociedades de capital -y, en particular, tanto a la anónima como a la limitada-, establecen porcentajes distintos a determinados efectos: así sucede, por ejemplo, en el artículo 214-13, que atribuye legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales a los socios que representen "al menos el uno por ciento del capital social", o en el artículo 231-103, que otorga legitimación activa para impugnar los acuerdos de la junta a los socios que ostentan "un uno por ciento del capital social". Debería comprobarse si ese diferente criterio obedece a una decisión consciente del departamento ministerial o refleja, por el contrario, una falta de coordinación interna del Anteproyecto, que debería corregirse en su versión final.

6. La junta general. En el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, elaborado por la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo y publicado el 14 de octubre de 2013, se sugieren una serie de medidas destinadas a conseguir una "más efectiva intervención" de la junta general en la actividad de las sociedades de capital, una "mayor participación" de los socios y, en definitiva, un mejor funcionamiento de dicho órgano. En línea con las recomendaciones realizadas por esta Comisión, el Anteproyecto atribuye a la junta general competencia sobre "la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales" (artículo 231-52.g), o para "impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión" (artículo 231-52.2), prevé que el socio no puede ejercer su derecho de voto en determinados supuestos de "conflicto de intereses" (artículo 231-68), introduce la "votación separada" de asuntos sustancialmente independientes (artículo 236-70), precisa las consecuencias de la "vulneración del derecho de información" en las sociedades anónimas (artículo 233-39.2) y, en fin, aclara las "mayorías" para la adopción de acuerdos en estas sociedades (artículo 233-46). Estas novedades se encuentran ya en vigor tras la aprobación de Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (artículo único, apartados uno a seis). La regulación proyectada en relación con estas cuestiones responde a los planteamientos realizados por la mencionada Comisión y asumidos por la Ley 31/2014, y no ha suscitado objeciones a lo largo de la tramitación del procedimiento, salvo en lo relativo al derecho de información de los accionistas en la junta general de las sociedades anónimas: esta cuestión se encuentra estrechamente ligada al ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales y, por ello, se analiza en el apartado siguiente del presente dictamen, dedicado al estudio de tales acciones.

En otro orden de cosas, constituye también una novedad destacable que se atribuya al Registrador Mercantil la competencia para convocar la junta general solicitada por la minoría, cuando los administradores no atendieran oportunamente tal solicitud (artículos 231- 56.3 y 231-57). En la actualidad, dicha competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil.

La regulación proyectada está en línea con otras iniciativas normativas del Ministerio de Justicia. Así, el Anteproyecto sigue en este punto el mismo criterio recogido en el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que atribuye a los Registradores Mercantiles dicha facultad. Junto a esa continuidad de criterios, es también relevante tener en cuenta que la novedad del Anteproyecto (al igual que la de ese otro proyecto de Ley) responde al propósito de descargar a los órganos judiciales de aquellos asuntos que, por su naturaleza, pueden ser resueltos por otros profesionales del Derecho como Notarios o Registradores.

Se ha alegado que, frente a la decisión del Registrador Mercantil, debería existir la posibilidad de recurso ante los Juzgados de lo Mercantil. Esa decisión es la de convocar la junta general en los casos en que los administradores se nieguen a atender la solicitud de la minoría. Aunque la naturaleza y alcance de tal decisión parece haber sido tomada en consideración para no contemplar la posibilidad de interponer un recurso

jurisdiccional y para entender que no está afectado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, entiende este Consejo que ha de valorarse la importancia que tiene la protección a la posición de los accionistas minoritarios. Junto a ello, debe también tomarse en consideración que el conflicto que existe entre mayorías y minorías en los casos que ahora se contemplan puede desembocar en que se planteen cuestiones más complejas y problemáticas que el mero cómputo del porcentaje de la minoría, todo lo cual lleva a entender que es necesario que la proyectada legislación contemple la posibilidad de una tutela judicial en estos casos.

En atención a tales factores, el Consejo de Estado considera que el proyectado nuevo Código Mercantil debe contemplar la posibilidad de una tutela judicial en los casos ahora examinados, lo que puede instrumentarse manteniendo la actual solución de encomendar la aludida convocatoria de la junta general a los Juzgados de lo Mercantil o, alternativamente, admitiendo que tal convocatoria sea acordada por los Registradores Mercantiles pero contemplando, entonces, que la decisión de estos últimos pueda ser revisada en vía judicial.

7. La impugnación de acuerdos sociales. El Anteproyecto introduce importantes novedades en el régimen de impugnación de acuerdos sociales respecto de la regulación contenida en la normativa vigente, que traen causa de las sugerencias contenidas en el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas elaborado por la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo, que ya se encuentran en vigor tras la aprobación de Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (apartados siete, ocho y nueve).

Algunas de las previsiones introducidas por la regulación proyectada persiguen -en palabras de la mencionada Comisión- "maximizar la protección material del interés social y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios". Tales son fundamentalmente las siguientes: en primer lugar, se amplía el plazo de impugnación de los acuerdos contrarios a los estatutos y al interés social, que actualmente es de 40 días, para lo cual se elimina la distinción entre acuerdos nulos y anulables y se establece un plazo de caducidad de un año, salvo el caso de acuerdos contrarios al orden público, en los que no existe plazo de caducidad ni de prescripción (artículo 214.12.1); en segundo término, se crea una nueva causa de impugnación, consistente en la infracción del reglamento de la junta o, en su caso, del consejo (artículo 214-11.1); en tercer lugar, se amplía el concepto de interés social, de forma que éste debe entenderse también lesionado cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de forma abusiva por la mayoría (artículo 214-11.2).

Junto a estas modificaciones, se incorporan otras que -según explica la Comisión- "tratan de evitar el abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables": en primer lugar, se restringe la legitimación para el ejercicio de la acción social a aquellos socios que representen el uno por ciento del capital social, salvo que el acuerdo fuera contrario al orden público y sin perjuicio, para quienes se encuentren por debajo de dicho umbral, de un derecho de indemnización de daños y perjuicios (artículo 214-13.1 y 2); y, en segundo término, se enumeran una serie de acuerdos cuya impugnación se considera improcedente (artículo 214-11.2 y 3).

Concretamente, la regulación proyectada enumera cinco supuestos en los cuales no procedería la impugnación de acuerdos sociales:

- El primero de ellos, contemplado en el apartado 2 del artículo 214-11 del Anteproyecto, es aquel en que el acuerdo social impugnado "haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes o después de interpuesta la demanda de impugnación". Esta hipótesis ya se encuentra contemplada en el artículo 204.3 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, el Anteproyecto precisa que la improcedencia de la impugnación opera con independencia de la revocación o sustitución del acuerdo impugnado se produzca "antes o después de

interpuesta la demanda de impugnación", poniendo fin a la discrepancias que se habían planteado en torno a la aplicación de la regla "lite pendente, nihil innovetur".

El Consejo General del Poder Judicial ha propuesto que la posibilidad de revocar o sustituir el acuerdo impugnado se limite temporalmente hasta la celebración de la audiencia previa, dado que, desde un punto de vista procesal, es preciso fijar un momento a partir del cual los términos del proceso no puedan alterarse. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por su parte, ha sugerido que deberían precisarse los efectos procesales de la revocación o sustitución del acuerdo impugnado, en lo que respecta a la terminación del proceso por pérdida de interés legítimo y al régimen de imposición de costas.

A juicio del Consejo de Estado, es correcto que el Anteproyecto otorgue relevancia procesal a la revocación o sustitución del acuerdo impugnado, con independencia de que ésta se produzca antes o después de la demanda de impugnación, y sin que, en este último caso, la audiencia previa del juicio ordinario deba jugar como límite para el otorgamiento de efectos procesales a tal revocación o sustitución. Los artículos 21 y 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que se regula respectivamente el allanamiento y la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal de la pretensión o carencia sobrevenida del objeto, admiten que una y otra cosa pueda acontecer en cualquier momento del proceso. Cuestión distinta, y que el Anteproyecto debería resolver, es si la terminación del proceso en caso de revocación o sustitución del acuerdo impugnado debe calificarse de "allanamiento" o de "satisfacción extraprocésal de la pretensión o carencia sobrevenida del proceso", máxime cuando en el primer caso habrá condena en costas mientras que en el segundo no procede tal condena. Siendo así, debería aclararse si, producida la revocación o sustitución de un acuerdo impugnado, procede la terminación del proceso por "allanamiento" o por "satisfacción extraprocésal de la pretensión o carencia sobrevenida del objeto", o, de no hacerse así, sería preciso regular cuál es el específico régimen de terminación del proceso y de costas que habría que aplicar en este caso.

Por lo demás, debe notarse que la redacción del artículo 214- 11.2 del Anteproyecto, aunque traiga causa del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no es demasiado afortunada, especialmente por el uso de la expresión "No será procedente la impugnación...", habida cuenta de que el acuerdo social que se sustituye o revoca se encuentra efectivamente impugnado. Sería mejor decir: "En caso de que el acuerdo social impugnado haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes o después de interpuesta la demanda de impugnación, se decretará la terminación del proceso ...".

- Los otros cuatro supuestos de impugnación, contemplados en el apartado 3 del artículo 214-11 del Anteproyecto, son:

"a) La mera infracción de los requisitos procedimentales establecidos por la ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquiera otra que tenga carácter relevante".

"b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación".

"c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano".

"d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible."

El Consejo General del Poder Judicial ha sugerido nuevamente que la improcedencia de la impugnación de estos acuerdos debe valorarse en la audiencia previa al juicio ordinario. Sin embargo, la simple lectura de las cuatro circunstancias reseñadas pone de manifiesto que la valoración de su concurrencia exige un juicio de fondo no susceptible de ser realizado en la audiencia previa al juicio ordinario, que se encuentra concebida para el análisis y resolución de cuestiones procesales que pudieran continuar el procedimiento, tales como "la falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases", la "cosa juzgada o litispendencia", la "falta del debido litisconsorcio", la "inadecuación del procedimiento" o el "defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvenición, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca" (artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El equívoco acerca del alcance de las cuatro causas contempladas en el artículo 214-11.3 del Anteproyecto trae causa de la expresión "Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: ..." con que comienza el precepto, que debería sustituirse por otra que dijera: "No procederá la anulación de acuerdos basada en los siguientes motivos: ...".

Realizada esta aclaración, son precisas algunas consideraciones adicionales en relación con cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo 214-13 del Anteproyecto:

? En relación con el supuesto de improcedencia de la anulación del acuerdo social impugnado previsto en el apartado 3, letra a), del artículo 214-11 del Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial ha señalado que "el problema reside en identificar lo que es una mera infracción" o una "infracción relevante" de los requisitos procedimentales establecidos por la ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, y, por ello, propone su supresión o el establecimiento de un mecanismo de depuración previa en el Registro Mercantil. Bien se comprende, sin embargo, que el indicado problema es, en realidad, una cuestión de discernimiento inherente y consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional. El propósito del Anteproyecto es simplemente aclarar -como se hace en otras leyes del ordenamiento- que sólo las infracciones relevantes del procedimiento tienen carácter invalidante, e indicar -a título meramente ejemplificativo- algunas que tiene tal carácter, como "la infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquiera otra que tenga carácter relevante". En tales términos, la regulación proyectada no suscita objeciones.

? En relación con el supuesto de improcedencia de la anulación de acuerdos sociales establecido en el apartado 3, letra b), del artículo 214-11 del Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial ha destacado la falta de coordinación entre dicho precepto, que no permite la impugnación del acuerdo en caso de "incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación", y el artículo 233-39.2 del Anteproyecto, aplicable a las sociedades anónimas, en el que se prevé que "la vulneración del derecho de información sólo facultará al accionista para exigir la información requerida y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general". A juicio del Consejo de Estado, debería aclararse si la imposibilidad de impugnar la junta general, en el supuesto previsto en el artículo 233-39.2, es absoluta, o cabe hacerlo cuando la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial, como prevé el artículo 214-11.3.c), para el ejercicio del derecho de voto y demás derechos de participación.

? En relación con el supuesto de improcedencia de la anulación de acuerdos sociales establecido en el apartado 3, letra c), del artículo 214-11 del Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial ha señalado que "adolece de una redacción mejorable, por cuanto, por definición, la participación en la junta de personas no legitimadas no parece que pueda ser determinante de una constitución válida del órgano sino de una constitución viciada", por lo que debería "suprimirse el término "válida" o añadirse del

adverbio "aparentemente"". El Consejo de Estado coincide con este parecer y, por ello, con la necesidad de suprimir el adjetivo "válida".

En otro orden de cosas, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sugerido en su informe sobre el Anteproyecto que, en aras de una mayor seguridad jurídica, deberían introducirse algunas previsiones legales que precisasen el efecto que la anulación de acuerdos anteriores tiene sobre los acuerdos posteriores. Se ha discutido, en efecto, si la anulación de los acuerdos sociales debe tener efectos "ex tunc" o "ex nunc". A juicio del Consejo de Estado, las variadas circunstancias que pueden presentarse en el ámbito societario hacen difícil, e incluso desaconsejable, determinar de manera apriorística - optando por una de las opciones indicadas- cuál debe ser el efecto de la anulación de unos concretos acuerdos sociales sobre los que se adopten con posterioridad. El criterio más razonable en este punto puede ser el de que la anulación de un acuerdo social determinará la de los posteriores en cuyo contenido haya influido esencialmente el acuerdo anulado. Pero dadas las modulaciones que este principio general pudiera tener en la práctica, en función de los diversos naturaleza de los acuerdos societarios en presencia, se entiende que el Anteproyecto haya preferido no regular esta cuestión, remitiendo el alcance de los efectos de la anulación de acuerdo sociales en otros posteriores a la decisión de los órganos jurisdiccionales en cada caso.

8. Los deberes y la responsabilidad de los administradores. En esta materia, regulada con carácter general para todas las sociedades mercantiles, se han introducido algunos cambios reseñables en los deberes y responsabilidades de los administradores, en línea con el contenido del Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, que se están ya en vigor tras la aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (artículo único, apartados trece a veinte).

a) Los deberes de los administradores. Se siguen mencionando los deberes de diligencia y de lealtad, aunque se regulan ahora con mayor detalle, especialmente el segundo de ellos, con la finalidad de someter la actividad de aquéllos a reglas más estrictas: en relación con el deber de diligencia, se introduce ahora el principio de "protección de la discrecionalidad empresarial" a efectos de determinar el estándar de diligencia de un ordenado empresario (artículos 215-8); por lo que respecta al deber de lealtad, se hace especial hincapié en el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (artículo 215-11).

La regulación proyectada en este punto ha sido positivamente valorada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. El Consejo de Estado coincide con este parecer.

Cabe observar, en todo caso, que el artículo 215-10 del Anteproyecto, al enumerar las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, menciona en la letra e) la de evitar situaciones de conflicto de interés, salvo en "los supuestos en los que la sociedad haya otorgado su consentimiento en los términos previstos en el artículo 232-10". Se trata de una remisión errónea, ya que el artículo 232-10 regula las cláusulas de adquisición preferente de participaciones sociales, en caso de transmisión por alguno de los socios, que pueden incluirse en los estatutos de las sociedades limitadas. Tal remisión debe hacerse al artículo 215-12, en el que se regulan las dispensas que las sociedades pueden otorgar a los administradores incurso en situaciones de conflicto de interés.

b) La responsabilidad de los administradores. Se modifica en algunos puntos el régimen establecido en la legislación vigente, al objeto de reforzarlo: así, se establece una presunción de culpabilidad, salvo prueba en contrario, de los administradores que realicen actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos (artículo 215-14.2); se extiende la responsabilidad de los administradores no sólo a los que lo sean de hecho (artículo 215-14.4) -algo que ya está actualmente previsto, pero ahora se concreta con mayor detalle- sino también a los directores generales (artículo 215-21); se mantiene el carácter solidario de la responsabilidad de los miembros del órgano de administración (artículo 215-15) y, como novedad, se prevé que, en caso de que el administrador sea

una persona jurídica, la persona física que sea designada para el ejercicio permanente de tales funciones responderá solidariamente con la persona jurídica (artículo 215- 6.2); se atribuye, para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, una legitimación directa a la minoría en caso de infracción del deber de lealtad (artículo 215-17.2) y se regulan sus consecuencias (artículo 215-18); y, en fin, se aclara que la acción de responsabilidad de los administradores prescribe a los cuatro años desde el día en que hubiera podido ejercitarse, de acuerdo con la regla seguida por la jurisprudencia (artículo 215-20).

El mayor rigor que introduce la regulación proyectada ha merecido el juicio favorable de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que el Consejo de Estado comparte. Cabe realizar, no obstante, dos observaciones:

? El ejercicio de la acción social de responsabilidad se regula en el artículo 215-16 del Anteproyecto prestando únicamente atención a las sociedades de capital y no a las sociedades de personas: así, por ejemplo, su apartado 1 exige, en las sociedades de capital, el previo acuerdo de la junta general para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, pero nada se dice de las sociedades de personas. La regulación proyectada debería aclarar las circunstancias en que puede ejercitarse la acción social de responsabilidad en las sociedades de personas.

? La responsabilidad de los directores generales, prevista en el artículo 215-21, se formula en unos términos que pudieran llevar a entender que sólo aquellas personas que tienen un contrato laboral de alta dirección, y no un contrato mercantil, caen dentro de su ámbito de aplicación. El mencionado precepto establece que "todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad". Para evitar dudas interpretativas, sería preferible referirse a "la persona, cualquier que sea su denominación y la naturaleza de su relación jurídica con la sociedad, que tenga atribuidas las facultades de más alta dirección, ...".

9. La remuneración de los administradores. El Anteproyecto contiene una regulación de la remuneración de los administradores aplicable con carácter general a todas las sociedades mercantiles de capital, en la que se incorporan -respecto de la normativa vigente- algunas previsiones orientadas a garantizar la transparencia y adecuación de las remuneraciones de los administradores, así como el control de los socios: en primer lugar, se dispone que el sistema de retribución establecido en los estatutos sociales determinará el concepto o conceptos que los administradores podrán percibir en su condición de tales - asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, remuneración en acciones o vinculada a su evolución, indemnizaciones por cese y sistemas de ahorro o previsión, entre otros- (artículo 231-85.2); en segundo término, se establece que la remuneración de los administradores debe guardar una "proporción razonable" con la importancia y evolución de la sociedad, y debe estar orientada a "promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad" (artículo 231-86); por último, se prevé que el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de administradores deberá ser aprobado por la junta general de socios, a la que incluso se faculta para determinar la cuantía que corresponde a cada uno de ellos (artículo 231-87).

Estas novedades responden a las propuestas contenidas en el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, y se encuentran ya en vigor tras la aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (artículo único, apartados diez a doce). A juicio del Consejo de Estado, la regulación proyectada supone, en este punto, un avance respecto de la normativa anterior y puede contribuir a proporcionar criterios con los que evitar y solucionar las indeseables situaciones conflictivas e irregulares que se han planteado en los últimos años a propósito de la retribución de los administradores de las sociedades mercantiles.

Mención aparte merece, sin embargo, la regulación de la remuneración del consejero delegado o del consejero con funciones ejecutivas prevista en el artículo 231-100 del Anteproyecto, en línea con lo dispuesto por la referida Ley 31/2014 (artículo único, apartado veinticuatro). En este precepto se establece que, "cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título", "será necesario estipular un contrato entre éste y la sociedad" en el que "se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas" (apartado 1); este contrato -se añade- "deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo", con la abstención del consejero afectado, y "deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general" (apartado 3).

Esta previsión, introducida en el Anteproyecto a sugerencia de la Comisión de Expertos en Gobierno Corporativo, ha sido criticada en el informe emitido por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo durante la tramitación del expediente. El Alto Tribunal ha considerado "preocupante" la regulación de los contratos entre la sociedad y los consejeros delegados o con funciones ejecutivas, en cuanto admite una "dualidad de regímenes jurídicos de retribución, uno contractual y otro estatutario", que no se encuentra objetivamente justificada, y "permite que las retribuciones sean fijadas exclusivamente por el Consejo de Administración, sin necesidad de previsión estatutaria ni intervención de la junta de socios".

No cabe duda de que, en la práctica de las sociedades mercantiles, el consejero a quien el Consejo de Administración encomienda el ejercicio de determinadas facultades ejecutivas tiene un nivel de responsabilidad superior al resto de los miembros de dicho órgano y, por ello, existe un fundamento objetivo para que sea retribuido en mayor y distinta medida. Pero para el desempeño de tales funciones no es necesario que tenga necesariamente que suscribirse un contrato ad hoc entre la sociedad y el consejero en cuestión, pues, siendo éste ya miembro del órgano de administración, basta con la delegación de funciones que en su favor se acuerde por dicho órgano, con el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo. Asimismo, no parece necesario exigir que la determinación de su retribución quede sujeta a unas reglas de transparencia y control distintas de las previstas para las remuneraciones de los demás administradores. A este respecto, cabe recordar que el artículo 231-100 del Anteproyecto se limita a señalar que el contrato en el que se determinen las retribuciones del consejero delegado o con funciones ejecutivas "deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general". Esta referencia a una "política de retribuciones" aprobada "en su caso" por la junta general remite a la idea de una serie de directrices genéricas y eventuales, distintas de los límites concretos y fijos establecidos en los artículos 231-85.2 y 231-87.1 del Anteproyecto, en los cuales se exige que los conceptos retributivos de los administradores estén fijados en los estatutos y que la junta general determine el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de administradores. Entiende el Consejo de Estado que las garantías de transparencia, adecuación y control de las retribuciones de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas no exigen que la relación entre el consejo de administración y el consejero en cuestión tenga necesariamente que articularse en un contrato aparte, de modo que la proyectada legislación debería admitir que la posición de los consejeros delegados o con funciones ejecutivas pueda instrumentarse a través del correspondiente acuerdo de delegación, que los conceptos retributivos de dichos consejeros se encuentren determinados en los estatutos sociales y, en fin, que su remuneración, junto con la de los demás miembros del consejo de administración, no exceda del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de administradores fijado por la junta general.

D) Título IV: Cuentas anuales

De modo similar a lo que ya quedó indicado a propósito del régimen general de contabilidad de los empresarios, la preparación del nuevo Código se encontró, en relación con las cuentas de las sociedades mercantiles, con la revisión contable ya operada por la Ley 16/2007, a lo que hay que añadir que la Ley de Sociedades de

Capital de 2010 ya incorporó un nuevo régimen contable de ese tipo de entidades mercantiles.

En tales circunstancias, el Título IV del Libro Segundo del proyectado Código Mercantil se ha construido en el sentido de incorporar las previsiones de la Ley de Sociedades de Capital, a las que ha añadido las novedades introducidas por la también ya citada Directiva 2013/34/UE, que han obligado a revisar los umbrales cuantitativos (importe de las partidas del activo, importe neto de la cifra anual de negocios y número medio de trabajadores) que permiten que el balance, memoria y estado de cambios en el patrimonio neto se acojan al formato abreviado y pueda prescindirse de los estados de cambios en el patrimonio neto y de flujos de efectivo y del informe de gestión (artículos 241-4, 242-3 y 243-1, número 4).

Junto a ello, el Anteproyecto incluye diversas modificaciones concretas, que afectan, por ejemplo, a la estructura y contenido de la memoria (artículo 242-2), como son las relativas a la información respecto de las eventuales diferencias entre el resultado contable y el que resultaría de aplicar criterios fiscales distintos de los contables de carácter imperativo, la información sobre el número medio de personas discapacitadas empleadas por la sociedad y el valor razonable de los instrumentos financieros.

A propósito de esta última cuestión, y dada la importancia que el Anteproyecto concede a la utilización del valor razonable, debe revisarse la redacción de la mención decimoquinta, b), para evitar la doble alusión a valor razonable, dejando claro que se ocupa del valor que se asigne a los instrumentos financieros en aquellos casos en que no se les haya aplicado el valor razonable.

E) Título V: La modificación de los estatutos sociales

El Título V lleva por rúbrica "De la modificación de los estatutos sociales" y en su estructura sigue la misma sistemática del Título VIII del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, dividiéndose en cuatro Capítulos, dedicados, respectivamente, a la modificación de los estatutos sociales, aumento de capital, reducción de capital y aumento y reducción simultáneos de capital.

En cuanto a su contenido, los artículos 251 a 254 reproducen, en líneas generales, las disposiciones del mencionado texto refundido, aunque incorporan novedades que merecen un comentario especial.

1. Capítulo I: Disposiciones generales. El Capítulo I incorpora como novedad principal la modificación estatutaria en las sociedades de personas, con respecto a las cuales el actual Código de Comercio no contempla ni la aprobación de estatutos ni, en consecuencia, la posibilidad de modificación de los mismos. El Consejo de Estado valora positivamente el esfuerzo realizado para unificar la regulación de todas las sociedades mercantiles -de personas y de capital- en esta materia y comparte la solución propuesta en lo que se refiere a las sociedades de personas puesto que, dado el especial régimen de responsabilidad que se les aplica y teniendo en cuenta los principios que se desprenden de la actual regulación de las mismas en el Código de Comercio, parece razonable exigir el acuerdo unánime de los socios colectivos para modificar los estatutos sociales (artículo 251-4) y requerir el consentimiento individual de los socios afectados cuando la modificación afecte a sus derechos individuales (artículo 251-7).

Otra cuestión novedosa es la relativa al informe de los administradores en caso de modificación estatutaria. El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital limitaba la exigencia de informe a las sociedades anónimas, mientras que la propuesta de Código la extiende a todas las sociedades mercantiles (artículos 251-2 y 251-3). Nada cabe objetar a esta extensión, por cuanto representa una garantía adicional de transparencia que redundará necesariamente en beneficio de los socios y de su derecho a ser informados de los asuntos de la sociedad.

Por lo que se refiere a las reglas especiales de tutela de los socios, deben hacerse dos observaciones. En primer lugar, se advierte que el artículo 251-7, que lleva por rúbrica "tutela individual de los derechos del socio", se refiere en su contenido

únicamente a las sociedades de personas y a las sociedades limitadas. Sería por ello preferible que, en aras de una mayor coherencia sistemática, la rúbrica de este artículo, al igual que sucede con las de los dos artículos siguientes (artículos 251-8 y 251-9), se refiriese específicamente a la "tutela individual de los derechos del socio en las sociedades de personas y sociedades limitadas". En segundo lugar, el artículo 251-9, a propósito de la tutela individual de los socios colectivos en las sociedades comanditarias por acciones, dispone que "cuando la modificación de los estatutos sociales tenga por objeto el nombramiento de administradores, la modificación del régimen de administración, el cambio de objeto social o la continuación de la sociedad más allá del tiempo previsto en los estatutos será preciso que el acuerdo haya sido adoptado también con el consentimiento expreso de todos los socios colectivos". En relación con la redacción propuesta, el Consejo de Estado considera que para evitar posibles confusiones con la utilización del adverbio "también" sería preferible que el precepto se expresara en los mismos términos del vigente artículo 294 del texto refundido Ley de Sociedades de Capital, que, en su inciso final, afirma que "será preciso que [la modificación] haya sido acordada por la junta general, con los requisitos establecidos en esta ley, y también con el consentimiento de todos los socios colectivos".

2. Capítulo II: el aumento de capital. En relación con el aumento de capital, una cuestión que ha sido muy discutida por varios informes que obran en el expediente es la relativa a la regulación del derecho de preferencia de los socios en las sociedades de capital. El artículo 252-11 dispone, en su apartado primero, que "en los aumentos de capital con creación de nuevas participaciones o con emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones o a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que sea titular". Esta redacción reproduce básicamente la del artículo 304 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, pero con una omisión importante, pues este último precepto especifica que la creación de nuevas participaciones o emisión de nuevas acciones debe realizarse "con cargo a aportaciones dinerarias". En consonancia con esta novedad, el proyecto de Código introduce otras dos modificaciones con respecto al régimen vigente del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y añade, al regular el aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias (artículo 252-5) y el aumento de capital por compensación de créditos (artículo 252-6) un apartado en el que afirma que "en las sociedades de capital habrá de observarse, además, lo establecido en este Código para la exclusión del derecho de preferencia".

Esta posibilidad de extender el derecho de preferencia a todos los socios cuando se trate de las aportaciones no dinerarias ha sido contestada en los informes de la Asociación Española de Banca y de un relevante despacho de abogados, con base en argumentos diversos, como el aumento de costes y el incremento de trabas procedimentales -por la necesidad de solicitar un informe cuando se quiera excluir el derecho de preferencia- o la distinta naturaleza de las aportaciones dinerarias y no dinerarias, que determinan que, en el caso de un aumento de capital con cargo a éstas últimas, sea frecuente que el suscriptor o suscriptores no coincidan con los socios existentes.

El derecho de preferencia aparece como un mecanismo de protección de los socios, tal y como reconoce reiteradamente nuestra jurisprudencia. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 936/2006 de 6 octubre, "el derecho de suscripción preferente puede ser calificado como un mecanismo indirecto de protección del valor. Los accionistas tienen un derecho individual a la integridad de su participación en el patrimonio social de la que no puede disponer la mayoría, y no cabe una medida que lesione la sustancia económica de la acción, aunque tal medida se quisiera justificar apelando al interés social. La protección de tal derecho puede obtenerse por medio del derecho de suscripción preferente, que no es más que una tutela indirecta, que asegura la protección del valor, ya que está diseñada para que el socio que no quiere concurrir a la suscripción pueda recuperar en el mercado el valor de las reservas que le corresponden, lo que es especialmente cierto en las sociedades que cotizan en Bolsa".

El reconocimiento del derecho de suscripción o adquisición preferente de acciones o participaciones en los casos de aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias

ha sido tradicional en nuestro ordenamiento. Sin embargo, el reconocimiento de este mismo derecho cuando se trata de aportaciones no dinerarias ha suscitado tradicionalmente un amplio debate entre la doctrina científica y ha motivado -especialmente en los últimos tiempos- cambios legislativos importantes. La Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 reconocía el derecho de suscripción preferente a los accionistas en el artículo 92 para "toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones", si bien un autorizado sector doctrinal entendió que tal derecho debía quedar excluido en el caso de los aumentos de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, con base en el artículo 90, que establecía que "en caso de aportaciones no dinerarias, el acuerdo se adoptará con conocimiento de la Memoria e informe (...), así como el nombre del aportante, y determinará el número de acciones que han de entregarse y las garantías adoptadas para la ejecución del compromiso, según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista". En términos similares se pronunciaba la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 17 de julio de 1953.

Posteriormente, el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, siguió reconociendo el derecho de suscripción preferente en cualquier aumento de capital con emisión de nuevas acciones, excluyéndolo sólo -según el artículo 159.2- en los supuestos de aumento de capital por "conversión de obligaciones en acciones o a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad". Este mismo sistema fue acogido en los artículos 75.1 y 76 de la Ley 2/1995, de 3 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles cambió este régimen legal para las sociedades anónimas, al modificar el apartado 1 del artículo 158 de la Ley de Sociedades Anónimas para limitar el reconocimiento del derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital social en que se emitieran nuevas acciones "con cargo a aportaciones dinerarias". Finalmente, este mismo régimen se extendió a todas las sociedades de capital a través del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo artículo 304.1 reconoce el derecho de preferencia únicamente en "los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales (...) con cargo a aportaciones dinerarias".

El reconocimiento del derecho de preferencia en los aumentos de capital por emisión de nuevas acciones o participaciones con cargo a aportaciones no dinerarias es una materia que sigue suscitando amplios debates doctrinales. En síntesis, podría decirse que las dos posturas que se enfrentan se apoyan en dos argumentos contrarios. Para un sector doctrinal, lo importante es la protección del socio y por ello el derecho de preferencia debe mantenerse en todo caso, con independencia de que, eventualmente pueda acordarse por la junta la exclusión de este derecho cuando se trate de aportaciones determinadas que no puedan ser realizadas por los socios. Para otro sector, el énfasis debe ponerse en la naturaleza de las aportaciones no dinerarias: en la medida en que éstas consisten habitualmente en elementos patrimoniales o activos concretos, que no todos los socios están en condiciones de aportar, el derecho de preferencia debe ser reconocido sólo a los socios que realicen las aportaciones y los socios que se consideren perjudicados pueden acudir a las vías ordinarias de impugnación de acuerdos sociales.

Ambas opciones legislativas resultan igualmente válidas. La opción de limitar el derecho de preferencia a los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias es la que se aplica en la actualidad en España -artículo 304 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital- y, además, la más generalizada en derecho comparado -Inglaterra, Francia, Italia o Portugal, adoptan este sistema- y la solución del derecho de la Unión Europea, pues el artículo 29.1 de la Directiva 77/91/CEE (conocida como "Segunda Directiva" en derecho de sociedades) dispone que "en todo aumento del capital suscrito por aportaciones dinerarias, las acciones deberán ofrecerse con preferencia a los accionistas en proporción a la parte del capital representado por sus acciones".

Sin embargo, la posibilidad de extender este derecho también a las aportaciones no dinerarias, además de haber sido el régimen tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, es plenamente conforme con el derecho europeo y, en concreto, con la Segunda Directiva. Así lo declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 19 de noviembre de 1996, Siemens AG v. Henry Nold, asunto C-42/95, al señalar que, el hecho de que el artículo 29.1 de la Segunda Directiva "no haga referencia a los aumentos del capital suscrito por aportaciones no dinerarias no permite afirmar que el legislador comunitario haya optado por limitar la atribución de un derecho de suscripción preferente a los accionistas únicamente a los aumentos de capital por aportaciones dinerarias, prohibiendo así que los Estados miembros lo extiendan también a los aumentos de capital realizados por aportaciones no dinerarias. (...) Por el contrario, en la medida en que la Segunda Directiva se limita a instaurar un derecho de suscripción preferente en los casos de aumentos del capital suscrito por aportaciones dinerarias, absteniéndose de regular la situación compleja, desconocida en la mayoría de los Estados miembros, del ejercicio del derecho preferente en caso de aumentos del capital suscrito por aportaciones no dinerarias, dicha Directiva dejó a los Estados miembros la libertad de prever la posible existencia de un derecho preferente en este último caso. Además, una norma nacional que extiende el principio del derecho de suscripción preferente de los accionistas, con la posibilidad de limitar o suprimir dicho derecho en determinadas circunstancias, a los casos de aumentos del capital suscrito por aportaciones no dinerarias se inscribe dentro de uno de los objetivos de la Segunda Directiva, que es garantizar una protección más eficaz de los accionistas. En efecto, tal norma permite que estos últimos eviten también en estos casos que se debilite la parte del capital que representa su participación."

En definitiva, el régimen por el que opta el Anteproyecto de Código debe considerarse plenamente aceptable, en la medida en que se adecúa a las exigencias del derecho europeo y, en particular, responde a uno de los principales fines de la Segunda Directiva: "garantizar una protección más eficaz de los accionistas ya que les permite evitar, en los supuestos de ampliación de capital, que se debilite la parte del capital que representa su participación" (Sentencia TJUE 18 de diciembre de 2008, Comisión c. España, asunto C338/06).

Con todo, el Consejo de Estado considera necesario llamar la atención sobre la necesidad de evitar cambios legislativos tan drásticos en una materia como ésta que además de afectar a la seguridad del tráfico pueden plantear dificultades y dudas en la práctica (véanse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 y 6 de febrero de 2012). De mantenerse el Anteproyecto en los términos en que actualmente se pronuncia, el régimen del derecho de preferencia en los aumentos de capital por aportaciones no dinerarias habría cambiado cuatro veces en aproximadamente seis años -reconocido en sociedades anónimas y limitadas (régimen tradicional, hasta 2009), sólo en sociedades limitadas (tras la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, en 2009), excluido en sociedades de capital (texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en 2010) y nuevamente reconocido a sociedades anónimas y limitadas-. Por todo ello, este Consejo estima que sería necesario valorar la conveniencia de volver a modificar este régimen legal y, en caso de hacerlo, de evitar futuras alteraciones del mismo que pongan en peligro la seguridad jurídica.

Todavía en relación con el derecho de preferencia en las sociedades de capital, deben hacerse otras dos observaciones. En primer lugar, en el artículo 252-13, relativo a la exclusión de este derecho, se omite la referencia que en la actualidad contiene el artículo 308 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital a que esta supresión sólo puede ser acordada "en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija", sin que aparezca justificación alguna para explicar esta supresión. Tomando en consideración lo ya expuesto acerca de la naturaleza de este derecho de preferencia, sería más adecuado, a juicio del Consejo de Estado, mantener esta referencia explícita al interés social en el artículo 252-13, como requisito para excluir el derecho de preferencia. En segundo lugar, en aras de una mayor coherencia entre el enunciado y el contenido del artículo 252-14, se sugiere incluir una referencia expresa en la rúbrica de

este precepto que indique expresamente que el derecho de preferencia de segundo grado lo es "en las sociedades limitadas".

3. Capítulo III: La reducción de capital. Por lo que respecta a la regulación de la reducción de capital en la propuesta de Código, las principales novedades con respecto al régimen actual del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital vienen referidas a dos extremos principales: la publicación del acuerdo de reducción y el derecho de oposición de los acreedores.

En cuanto a la publicación del acuerdo de reducción, frente al artículo 319 del aludido texto refundido, que limita a las sociedades anónimas las exigencias de publicidad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o diario de gran circulación en la provincia, el proyectado artículo 253-3 extiende estos requisitos a las sociedades limitadas. Esta modificación ha sido discutida en varios de los informes que obran en el expediente, con el argumento de que podría suponer un sobre coste y un incremento de cargas para las sociedades limitadas. En el régimen que establece actualmente el artículo 334 del mencionado texto refundido, el acuerdo de reducción de capital debe ser notificado personalmente a los acreedores y, si ello no fuera posible por desconocerse el domicilio de los acreedores, la notificación se hará por medio de anuncios que habrán de publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un diario de los de mayor circulación de la localidad en que radique el domicilio de la sociedad. Aunque, aparentemente, la supresión de notificaciones individuales a los acreedores parece un aligeramiento de cargas, dependerá, por ejemplo, del número de notificaciones en cuestión y de la dificultad de practicarlas, a lo que ha de añadirse que el régimen de anuncios obligatorios con que el proyectado Código propugna sustituirlas puede suponer un encarecimiento de costes para las pequeñas sociedades limitadas y parece. Por ello, entiende este Consejo de Estado que no hay razones concluyentes a favor de la modificación que el Anteproyecto propone introducir. En tales circunstancias, se sugiere que el proyectado Código Mercantil mantenga los términos de la actual regulación en este punto o que sustituya la alusión a la imposibilidad de notificaciones por desconocerse los domicilios de los acreedores por una mención a que tales notificaciones sean más costosas que las de los mencionados anuncios.

En línea con lo anterior, el artículo 253-4 da una regulación novedosa al derecho de oposición de los acreedores, unificando los requisitos que en el citado texto refundido se establecen de forma dispersa para las sociedades limitadas y anónimas. El Consejo de Estado valora positivamente esta unificación sistemática que respeta en lo esencial el contenido del vigente texto refundido y simplifica el régimen de oposición de los acreedores, antes dividido en varias disposiciones. Con todo, es necesario advertir que el precepto proyectado lleva por rúbrica "derecho de oposición de los acreedores en las sociedades de capital" y, sin embargo, se refiere en su apartado primero exclusivamente a "las sociedades limitadas y anónimas". Se sugiere al respecto acomodar la rúbrica al contenido del artículo, de forma que, o bien se limite la primera a enunciar el "derecho de oposición de los acreedores en las sociedades anónimas y limitadas", o bien extienda el segundo su ámbito de aplicación a las sociedades comanditarias por acciones.

F) Título VI: Las modificaciones estructurales

Ese Título reproduce en la mayoría de sus artículos la redacción de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, "LME"), que reguló por primera vez esta materia de forma unitaria en un cuerpo legal separado, anticipándose en buena medida a la tarea codificadora que ahora emprende el proyecto de Código. La LME, por lo demás, dio cumplimiento a la obligación de trasponer al ordenamiento español varias directivas como la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital.

Como novedades más significativas con respecto a esta regulación ahora vigente, el proyecto de Código altera parcialmente la sistemática seguida en la LME, regulando el

traslado internacional del domicilio social en el capítulo II, antes de la fusión, escisión y cesión de activo y pasivo (capítulos III a V). En cuanto a su contenido, el proyecto de Código modifica algunos extremos de la regulación vigente, tales como el régimen de algunos plazos o la impugnación de la fusión y establece como novedad la posibilidad de oposición del Gobierno a operaciones transfronterizas.

Como observación de carácter general, merece atención especial la regulación que la norma proyectada da a la impugnación de las modificaciones estructurales. En concreto, el proyecto de Código establece reglas para la impugnación de la fusión (artículos 263-28 a 263-30), la fusión transfronteriza (artículo 263-49), la escisión -por remisión a las reglas de la fusión (artículo 264-6)- y la cesión global de activo y pasivo (artículo 265-14). En cambio, suprime la posibilidad de impugnar el acuerdo de transformación, posibilidad que en la actualidad contempla expresamente el artículo 20 de la LME. Los requisitos de impugnación son, en general, comunes, en cuanto que se exige en todos los casos que el acuerdo correspondiente sea impugnado antes de su inscripción en el Registro Mercantil, advirtiendo que una vez inscrito, no podrá ser impugnado. Sin embargo, en ocasiones estos requisitos difieren; así, en algunos casos se exige el requisito de publicación de la declaración judicial de nulidad en el Registro Mercantil (en los casos de fusión y cesión global, no en cambio en las fusiones transfronterizas) y, en otros, se alude a la nulidad del acuerdo por incumplimiento de los requisitos exigidos para la sociedad de nueva creación (fusión y fusión transfronteriza).

En algunos de los informes recogidos en el expediente, se ha postulado la necesidad de dar un tratamiento uniforme a todas estas causas de impugnación. El Consejo de Estado comparte este parecer, por considerar que ello redundaría en una mayor claridad sistemática, habida cuenta de que los requisitos de la impugnación coinciden sustancialmente para las distintas modificaciones estructurales. Así, siguiendo la misma línea de simplificación sistemática que ha llevado al proyectado nuevo Código a unificar el régimen de impugnación de la fusión, podría considerarse la conveniencia de incluir un capítulo o sección específicos dedicados a la impugnación de todas las modificaciones estructurales, incluida la transformación, donde se regularan los requisitos comunes y, en su caso, las especialidades exigidas en algunos supuestos.

1. Capítulo I: La transformación. En líneas generales, la regulación de la transformación de las sociedades mercantiles se mantiene en el proyecto de Código en los mismos términos de la LME. Deben sin embargo hacerse algunas observaciones en relación con la redacción propuesta para algunos artículos. En primer lugar, en cuanto al artículo 261- 8, que regula la información a los socios en los casos de transformación, el apartado primero, letra b), se refiere al "informe de los administradores que explique los aspectos económicos y jurídicos de la transformación y las consecuencias para los socios". El precepto omite, sin embargo, la referencia del artículo 9.1.1º de la LME, que añade a lo anterior un inciso final con el siguiente tenor: "así como su eventual impacto de género en los órganos de administración e incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa." Habida cuenta de que el artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007 dispone que "las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley", y que el propio Código establece este deber de velar por la igualdad de género en otros preceptos (artículo 283-18, en relación con las sociedades cotizadas), el Consejo de Estado estima que sería preferible mantener la redacción del vigente artículo 9.1.1º de la LME y exigir, en consecuencia, que el informe valore los aspectos de género y de responsabilidad social de la empresa.

En el artículo 261-14 ("publicación del acuerdo de transformación"), el apartado segundo establece una excepción a la regla general de publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad -o, en su defecto, en un diario de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio- disponiendo que "la publicación no será necesaria si el acuerdo se comunica individualmente por escrito a todos los socios y, en su caso, a los titulares de derechos

especiales distintos de las acciones, participaciones o cuotas que no puedan mantenerse después de la transformación, a través de un procedimiento que asegure la recepción de aquel en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad." El precepto reproduce la redacción del artículo 14.2 de la LME, pero omite el inciso final de éste, que añade a lo anterior lo siguiente "así como a todos los acreedores en los domicilios que hayan puesto en conocimiento de la sociedad o, en su defecto, en sus domicilios legales". A juicio del Consejo de Estado sería preferible mantener esta comunicación individualizada a los acreedores, junto a la notificación individual a los socios. De lo contrario, podrían darse situaciones en las que, excluida la obligación de publicación en virtud de una comunicación individual y por escrito a los socios, los acreedores se vieran privados de su derecho a la información ante una situación de capital importancia para su derecho de crédito como es la de transformación de la sociedad (piénsese en el caso de transformación de una sociedad de personas en una sociedad de capital). Por todo ello, debe mantenerse en los términos actuales del artículo 14.2 de la LME este derecho a la información de los acreedores en los casos de transformación de la sociedad mercantil.

En cuanto a la supresión del régimen actual de impugnación del acuerdo de transformación del artículo 20 de la LME, se sugiere que, o bien se regule un régimen general de impugnación de todos los acuerdos de modificación estructural de las sociedades -como se ha apuntado en las consideraciones generales a este Título VI- o bien se mantenga el régimen vigente de la LME. En cualquier caso, el Consejo de Estado considera que resulta necesario mantener algún régimen de impugnación del acuerdo de transformación, tal y como se contempla para las restantes modificaciones estructurales de las sociedades, pues lo contrario implicaría privar de su derecho de oposición a los socios y acreedores perjudicados por el acuerdo.

Por último, dentro del régimen de transformación de las sociedades, se advierte una modificación en el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, que regula el artículo 261-19. En concreto, este precepto dispone lo siguiente en su apartado primero: "los socios que, antes de la transformación, respondían personalmente de las deudas de la sociedad continuarán respondiendo de la misma forma de esas deudas durante tres años a contar desde la publicación de la transformación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, salvo respecto de aquellos acreedores sociales que hubieran consentido expresamente la transformación." Este precepto reproduce en líneas generales el contenido del artículo 21.2 de la LME, aunque difiere en cuanto a la regla de la extensión de la responsabilidad, pues la LME, en su redacción vigente, dispone que "esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la transformación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil". Además de modificar el ámbito temporal de la responsabilidad - que pasa de 5 a 3 años- se advierte una novedad significativa, como es la supresión de la referencia a la prescripción. La cuestión puede tener importantes consecuencias prácticas, pues mientras la LME deja claro que el plazo de 5 años es de prescripción - y por ello susceptible de interrupción en caso de que el acreedor accione en defensa de su derecho de crédito- la redacción proyectada del artículo 261-19 puede dejar abierta la puerta a dudas interpretativas que conduzcan a situaciones conflictivas en la práctica. Se sugiere por ello aclarar de forma expresa si el plazo de 3 años es plazo de prescripción, como sigue haciendo la propuesta de Código en otros preceptos (v.gr. el artículo 264-14 que, en relación con la responsabilidad por obligaciones incumplidas en caso de escisión, dispone que "la acción para exigir la responsabilidad solidaria de las citadas sociedades, prescribirá a los tres años"). Esta misma observación puede hacerse extensiva al artículo 263-32, en relación con la responsabilidad por las deudas sociales anteriores a la fusión, que se pronuncia en términos similares al artículo 261-19.

2. Capítulo II: El traslado internacional del domicilio social. En cuanto al régimen de traslado internacional del domicilio social, se advierte una novedad importante en los requisitos de publicidad del proyecto de traslado. En concreto, el artículo 262-6 dispone, en su apartado primero, "los administradores deberán insertar el proyecto de traslado en la página web de la sociedad. El hecho de la inserción se publicará de forma gratuita en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, con expresión de la página web corporativa en que figure y de la fecha de la inserción. La inserción en la página web corporativa y

la publicación de este hecho en el Boletín Oficial del Registro Mercantil deberán efectuarse con dos meses de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta de socios que haya de acordar el traslado. La inserción deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición." La principal novedad de este precepto es que, junto a la regulación de la publicidad a través de la página web de la sociedad, establece por primera vez un plazo específico de dos meses de anterioridad con respecto a la fecha en que vaya a celebrarse la junta de socios que haya de acordar el traslado. Este plazo de dos meses puede, sin embargo, plantear algunas dificultades si se atiende al solapamiento con otros plazos que se establecen a continuación en el proyecto de Código. Así, el artículo 262-6, apartado tercero señala que "la publicación del anuncio de convocatoria de la junta de socios que haya de resolver sobre el traslado o la comunicación individual de ese anuncio a los socios no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción o del depósito del proyecto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil", mientras que el artículo 262-9 mantiene la regla vigente de la LME, según la cual "la convocatoria de la junta que haya de adoptar el acuerdo de traslado deberá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un diario de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio, con dos meses de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta". A los efectos de evitar confusiones en la práctica, el Consejo de Estado considera que sería deseable reconsiderar el plazo previsto en el artículo 262-6, de forma que, o bien se disponga que la inserción del proyecto en la página web y la publicación de este hecho en el Boletín Oficial del Registro Mercantil deberán hacerse con una antelación mayor con respecto a la fecha de celebración de la junta de socios, o bien se omita toda referencia al plazo, limitando la regulación proyectada -en los términos de la vigente LME- a una exigencia de que tales deberes de inserción y publicación se hagan con anterioridad a la publicación del anuncio de convocatoria.

3. Capítulo III: La fusión. En cuanto a la regulación de la fusión, además de lo ya dicho a propósito del régimen de impugnación, merecen comentario especial algunas de las novedades incorporadas a la propuesta de Código. Es el caso del artículo 263-8, apartado 3, que rebaja de 6 a 3 meses el plazo en el que el proyecto de fusión queda sin efecto en caso de falta de aprobación por las juntas de socios de todas las sociedades que participen en la fusión. Este nuevo plazo ha sido discutido en varios de los informes de los órganos preinformantes, que destacan su excesiva brevedad, incompatible con la experiencia societaria. El Consejo de Estado comparte esta preocupación por la fijación de un plazo que en la práctica pueda resultar poco realista, especialmente habida cuenta de las drásticas consecuencias que se asocian a su incumplimiento (v.gr. la ineficacia del acuerdo de fusión). Por ello, este Consejo sugiere, bien mantener el plazo actual de 6 meses, bien establecer -en la línea sugerida por algunos informes- que el cómputo del plazo de 3 meses se inicie desde la aprobación del acuerdo por la última de las sociedades que participen en la fusión.

Otra de las novedades que ha merecido una especial atención en los informes que obran en el expediente es la excepción a la regla general del artículo 263-12, en relación con el informe de expertos sobre el proyecto de fusión. En concreto, el apartado 4 de este artículo dispone que "no será necesario el informe del experto o de los expertos sobre el proyecto de fusión cuando, en todas las sociedades que participen en la fusión, así lo hayan acordado todos los socios con derecho de voto y, además, todas las personas que, en su caso, según la ley o los estatutos sociales, fueran titulares de ese derecho." El precepto proyectado trae causa del vigente artículo 34.4 de la LME, que sin embargo limita el alcance de la excepción en cuanto que dispone que, con idénticas garantías de unanimidad de los socios con derecho de voto, cabe la posibilidad de acordar que "el contenido del informe (...) estará integrado exclusivamente por la segunda parte". Para comprender mejor el alcance de esta excepción, es necesario partir de la regla del apartado tercero del mismo artículo 263-12, que divide el contenido del informe en dos partes, una referida al tipo de canje y otra a la valoración del capital. En el régimen vigente, lo que pueden acordar los socios es omitir las exigencias de informe en cuanto al tipo de canje (primera parte) pero no en cuanto a la valoración del capital (segunda parte). A juicio de este Consejo de Estado, la regla de la LME resulta coherente, en la medida en que se deja a disposición

de los socios, siempre con la garantía de la unanimidad, la posibilidad de exigir o no informe de experto en lo que afecta a la valoración de sus derechos -tipo de canje de las acciones-, pero no en lo que respecta a los derechos de terceros -valoración del capital social resultante, en interés de los acreedores-. En este sentido, no parece razonable que el acuerdo unánime de todos los socios sea suficiente para eliminar la exigencia de un informe pensado para garantizar la integridad del capital social de la sociedad resultante de la fusión, en interés de terceros (especialmente de los acreedores). Por ello, se sugiere mantener la regulación del apartado cuarto del artículo 263-12 en los mismos términos del artículo 34.4 de la LME.

En el artículo 263-13 ("fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente") se advierte que, entre los requisitos de informe, el apartado 1, letra c) se limita a exigir que el informe de los expertos sobre el proyecto de fusión contenga "un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a las que se refieren los dos números anteriores", omitiendo en cambio el inciso del actual artículo 35.3º que añade "determinando además si existe asistencia financiera". Teniendo en cuenta que el proyecto de Código mantiene el régimen especial de asistencia financiera en las sociedades limitadas y anónimas (artículos 232-24 y 232- 25; 233-31 y 233-33) parece oportuno conservar esta mención en el informe de experto, tal y como hace el artículo 35.3º LME.

En relación con el balance de fusión, el artículo 263-15 dispone que "cuando exista obligación de auditar, el balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo deberán ser verificados por el auditor de cuentas de la sociedad." Se omite, sin embargo, la exigencia de que el balance y las modificaciones auditadas sean "sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión", como exige el vigente artículo 37 de la LME, añadiendo que "a [estos] efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la junta". En aras de una mayor garantía de la protección de los derechos de los socios, el Consejo de Estado es de la opinión que sería aconsejable mantener esta exigencia de aprobación por la junta del balance y de las modificaciones de las valoraciones, una vez sean ambos debidamente auditados.

Otra de las cuestiones novedosas en la regulación de la fusión es la relativa al ejercicio del derecho de oposición por los acreedores, que contiene el artículo 263-24. En concreto, el apartado 1 de este artículo señala que "en caso de ejercicio de derecho de oposición por acreedor que goce de ese derecho, la sociedad deberá prestar garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, notificarle la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento." Este régimen se aparta del vigente artículo 44.3 de la LME, conforme al cual, la fusión "no podrá llevarse a efecto" en caso de ejercicio del derecho de oposición hasta que la sociedad presente las debidas garantías. En alguno de los informes que obran en el expediente se ha llamado la atención sobre la duda que plantea la regulación proyectada a propósito de los efectos que pueda comportar el ejercicio del derecho de oposición por parte de los acreedores o, de forma más específica, si el ejercicio de este derecho conlleva o no efectos suspensivos de la fusión. El Consejo de Estado comparte estas dudas y estima que, en efecto, sería deseable que el precepto aclarara específicamente si, en la redacción propuesta, la oposición del acreedor suspende o no la ejecución de la fusión hasta que se presten las oportunas garantías por la sociedad.

Finalmente, se advierten algunos errores de numeración o de expresión en artículos concretos. En el artículo 263-33, la letra a) del apartado 1 debería remitir al artículo 263-9 (y no al artículo 263-10); en el artículo 263-35, apartado 2, la remisión debería ser al artículo 263-16 (y no al artículo 263-17) y, además, debería decirse "los documentos indicados en las letras a) y d) y, en su caso, b), c) y e)" (toda vez que la letra c) menciona como requisito de información "en su caso, los informes de los expertos independientes"); y el artículo 263-37, apartado 3, debería hablar de sociedades limitadas -que es la denominación que emplea el proyecto de Código- y no de sociedades "de responsabilidad limitada".

4. Capítulo IV: La escisión. En líneas generales, el capítulo reproduce las disposiciones de la LME. Como observación, el artículo 264- 5, al tratar de la constitución de una sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio debería referirse a "todas las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria" y no sólo a "las acciones o participaciones".

5. Capítulo VI: Oposición del Gobierno a operaciones transfronterizas. El Capítulo VI aparece como una novedad en la propuesta de Código, frente al régimen vigente en la LME. El capítulo se compone de un único artículo 266-1, a cuyo tenor:

1. Las normas legales que permitan al Gobierno español o a otras autoridades administrativas competentes oponerse o imponer condiciones por razones de interés público a una fusión interna, serán también de aplicación a las fusiones transfronterizas en las que, al menos, una de las sociedades que se fusionan esté sujeta a la ley española y la nueva sociedad vaya a tener o la sociedad absorbente tenga su domicilio en otro Estado que no sea miembro de la Unión Europea.

2. El Gobierno podrá oponerse o condicionar el traslado del domicilio de una sociedad española fuera del territorio de la Unión Europea cuando concurren los mismos supuestos en los que las normas legales permitan oponerse o imponer condiciones a las fusiones transfronterizas.

En relación con este artículo, y partiendo de recordar que la LME regula actualmente esa posibilidad de oposición por parte del Gobierno, es de advertir que las versiones iniciales del proyectado nuevo Código mantenían una regulación de esa potestad gubernamental y que, sin embargo, las correspondientes previsiones han desaparecido en la versión sometida a dictamen de este Consejo, que, como ha quedado indicado, contiene, únicamente, una remisión a "las normas legales que permitan al Gobierno español (...) oponerse o imponer condiciones" a determinadas operaciones transfronterizas.

El informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se detiene en especial en esta cuestión y asevera que "convendría en su caso replantearse si desde la óptica del Derecho privado debieran imponerse, en dichos términos, este tipo de limitaciones", recordando que en la propuesta de Código "no se desarrollan siquiera mínimamente las causas que pudieran ser alegadas por aquél [el gobierno] más allá de las razones de interés público" y que tampoco se mencionan las exigencias de "un test de evaluación de su adecuación a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción".

En línea con lo que ya se avanzó en la cuarta consideración de la presente consulta, el Consejo de Estado entiende que el proyectado nuevo Código Mercantil no debería abordar esa materia, de naturaleza jurídico-pública, cuya inclusión contrastaría con el carácter iusprivatista del resto de disposiciones del Título VI de su Libro Segundo. Sin perjuicio de ello, y dado que el Anteproyecto prevé la íntegra derogación de la LME y, con ello, de las previsiones que la misma actualmente dedica a las referidas potestades de oposición a cargo del Gobierno, la iniciativa legislativa que ahora se informa debe venir acompañada de la aprobación de la pertinente legislación que recoja tales potestades.

G) Título VII: La separación y exclusión de socios y la disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles

Ese Título reproduce muchas de las disposiciones del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aunque incorpora también novedades importantes, tanto sistemáticas como de contenido. Se estructura en dos capítulos, dedicados, respectivamente a la separación y exclusión de socios (Capítulo I) y a la disolución, liquidación y extinción de las sociedades (Capítulo II). Dentro de este Título VIII, merece especial consideración la regulación de dos cuestiones: las causas de separación del socio y la extinción de la sociedad por falta de activo.

1. Capítulo I: La separación y la exclusión de socios. En cuanto a ese Capítulo I, deben diferenciarse los aspectos sustantivos que se contienen en cada una de las tres Secciones que lo componen, a saber: la separación de los socios, la exclusión de los socios y los efectos comunes de la separación y la exclusión.

Antes de entrar en el análisis detallado de cada una de estas cuestiones, y como observación común a todo ese Capítulo I, debe advertirse que en él se repite en varias ocasiones la referencia a las "partes sociales" (artículos 271-12, 271-17, 271,18, 271-22, 271-24) expresión que, sin embargo, no vuelve a emplearse en el propuesto Código Mercantil, a excepción del artículo 232-14, apartado 3. Para evitar dudas interpretativas, sería preferible que el Anteproyecto se refiriese de manera uniforme a las "acciones, participaciones o cuotas" o bien definiera el concepto de "partes sociales", sin limitar la utilización de este término a los casos de separación y exclusión de socios.

a) Separación de los socios. El régimen de separación de socios aparece como una de las novedades más destacadas del proyectado Código y merece una atención especial, tanto por motivos de sistemática como de contenido. El Anteproyecto contempla varios supuestos que dan derecho a la separación del socio: separación por justa causa (artículo 271- 1), separación en sociedades de duración indefinida (artículo 271-2), otras causas comunes de separación (artículo 271-3), causas de separación en las sociedades de personas (artículo 271-4), causas de separación en las sociedades de capital (artículo 274-5), separación por falta de reparto de beneficios en sociedades de capital (artículo 275-6), causas específicas de separación en sociedades limitadas (artículo 275-7) y causas estatutarias de separación (artículo 275-8). Esta distribución de las distintas causas de separación suscita, a juicio de este Consejo de Estado, importantes dificultades interpretativas y de comprensión sistemática. De entrada, se parte de un amplio principio general según el cual, en caso de concurrir justa causa, el socio puede separarse en cualquier momento (artículo 271-1). Sin embargo, a continuación, esta regla se matiza, por cuanto el proyectado Código desglosa en detalle las distintas causas de separación, que además afectan de forma diferente a las diversas categorías de sociedades. En cuanto a la ordenación sistemática de tales causas, entiende este Consejo que puede en ocasiones inducir a error, pues se advierte la existencia de solapamientos en el contenido de algunos artículos, al tiempo que, en otros casos, se aprecia una discordancia entre la rúbrica del artículo y su contenido. Así, un análisis detallado de los artículos 271-1 y siguientes, permite apuntar las siguientes cuestiones:

- El artículo 271-2 se refiere a la separación en las sociedades de duración indefinida, con dos peculiaridades: por un lado, no exige justa causa y, por otro, exige un preaviso de tres meses por el socio, con posibilidad de ampliación por vía estatutaria. El precepto, por lo demás, diferencia por un lado las sociedades de personas y las sociedades limitadas -en las cuales este derecho de separación "ad nutum" puede ejercitarse en cualquier momento y sin necesidad de previsión estatutaria- y por otro las sociedades anónimas no cotizadas -en las que se prevé que este derecho podrá ejercitarse cuando sea reconocido por los estatutos. El artículo omite, sin embargo, toda referencia a las sociedades comanditarias por acciones, lo que plantea la duda de si cabe ejercer este derecho de separación "ad nutum" en las mismas. Por otro lado, la lectura conjunta de este artículo y del anterior plantea la duda de si la exigencia de preaviso se limita en la propuesta de Código a los supuestos de separación "ad nutum" en sociedades de duración indefinida, excluyéndolo en cambio en los supuestos de separación con justa causa.

- El artículo 271-3 se refiere, al igual que el artículo 271-1, a "causas comunes de separación" -aplicables, por tanto, a sociedades de personas o de capital, de duración definida o indefinida-, que se concretan en el derecho del socio a separarse cuando haya votado en contra de determinados acuerdos sociales. Sin embargo, el apartado segundo (por error aparece numerado como "3") sienta una regla que no es común, sino aplicable únicamente a las sociedades de personas. Según esta regla, en las sociedades de personas, el socio tendrá derecho de separación cuando hubiera votado en contra de un acuerdo y los estatutos prevean la posibilidad de adoptarlo por mayoría. Se advierte al respecto que esta misma regla se repite en el apartado 1 del

siguiente artículo 271-4, referido específicamente a las causas de separación en las sociedades de personas, a cuyo tenor "si los estatutos sociales autorizaran que la modificación de los propios estatutos se adopte sin el consentimiento de todos los socios colectivos, los que no hubieran votado a favor del acuerdo podrán separarse de la sociedad". En cuanto la adopción de los acuerdos indicados en el artículo 271-3 implica obligatoriamente una modificación estatutaria, parece innecesario mantener esta dualidad normativa.

- En fin, a las causas de separación del socio en las sociedades de capital dedica el Código proyectado tres artículos, dos de ellos comunes (artículos 271-5 y 271-6) y uno de ellos específico de las sociedades limitadas (artículo 271-7).

En relación con estos aspectos, el Consejo de Estado estima que el nuevo Código ganaría en claridad si reordenase las causas de separación. Con esta finalidad, una posible solución sería delimitar de forma precisa, bajo su rúbrica correspondiente, los supuestos de separación comunes a todas las sociedades y, a continuación, los específicos de las sociedades de personas y de capital, concluyendo con la posibilidad de la ampliación de unas y otras por vía estatutaria. Una vez establecidas las causas, sería deseable regular una serie de requisitos procedimentales comunes en el actual artículo 271-9, referido al "ejercicio del derecho de separación". Tales requisitos deberían incluir el plazo de preaviso necesario, regulado aquí con carácter general para todos los supuestos de separación, manteniendo los demás extremos que actualmente contempla el artículo 271-9, esto es, el deber de notificación a los administradores (apartado 1), la posibilidad de acudir al juez en caso de falta de reconocimiento del derecho de separación o falta de comunicación por la sociedad (apartado 2) y la ineficacia de este derecho cuando en el plazo de dos meses la sociedad adoptara el acuerdo de disolución (apartado 3). A propósito del ejercicio de la acción judicial, el apartado 2 de este artículo 271-9 dispone que "si la sociedad no reconociera el derecho de separación o si en el plazo de dos meses no hubiera recibido comunicación alguna de la sociedad, podrá el socio ejercitar el derecho de separación ante el juez del domicilio social". En relación con este precepto, podría considerarse la posibilidad de residenciar aquí el contenido del artículo 271-1 ("separación por justa causa"), de forma que, en lugar de ser una causa más de separación, apareciera como una facultad moderadora del juez. De esta manera, el artículo 271-9, apartado 2, indicaría que, ante el ejercicio de la acción correspondiente, el juez reconocerá el derecho de separación del socio cuando aprecie la concurrencia de causa legal o estatutaria, así como en aquellos supuestos en los que concurriese cualquier otra justa causa para la separación.

b) Exclusión de los socios. En relación con la exclusión de socios, la propuesta de Código modifica el régimen procedimental del artículo 352 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En el régimen hoy vigente se exige, en líneas generales, que (i) la exclusión sea acordada por la junta de socios; (ii) el acuerdo venga acompañado por resolución judicial firme cuando se pretenda excluir a un socio que ostente una participación igual o superior al 25%, salvo en caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad o conformidad del socio con la exclusión acordada; y (iii) la acción de exclusión sea ejercida por la sociedad o, en su defecto, por cualquier socio en nombre de aquélla, dentro del plazo de un mes desde la adopción del acuerdo. El proyectado artículo 271-15 modifica significativamente este régimen al disponer lo siguiente:

"1. La exclusión del socio requerirá acuerdo de los demás socios, adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales. Los votos del socio excluido se deducirán del total necesario para la adopción del acuerdo.

En el caso de que el socio no hubiera tenido conocimiento del acuerdo, los administradores de la sociedad deberán comunicárselo fehacientemente.

2. Si la sociedad estuviera integrada por dos socios, la exclusión requerirá resolución judicial a solicitud de cualquiera de ellos".

En una comparación de ambos regímenes se advierte que la regulación proyectada altera el sistema actual de exclusión en tres aspectos: (i) requisitos del acuerdo de

exclusión; (ii) requisitos de la resolución judicial exigible en su caso y (iii) requisitos de ejecución del acuerdo de exclusión. En relación con los requisitos para adoptar el acuerdo de exclusión, el Consejo de Estado valora positivamente que la nueva regla acrecienta la seguridad jurídica al exigir que se cumplan los requisitos previstos para la modificación de los estatutos sociales -con la previsión de que se deduzcan los votos del socio excluido- y obligar a una comunicación fehaciente del acuerdo al socio afectado. Mayores dudas suscita en cambio la previsión de limitar la exigencia de resolución judicial firme a los supuestos en que la sociedad estuviera integrada únicamente por dos socios. Teniendo en cuenta que los votos del socio excluido no computan para la adopción del acuerdo, parece razonable establecer -como en el vigente artículo 352 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital- determinados umbrales de participación en el capital social para exigir resolución judicial firme. En este sentido, el Consejo de Estado considera que resultaría preferible mantener la redacción actual y exigir que el acuerdo de exclusión venga acompañado de resolución judicial firme cuando se pretenda excluir a un socio que ostente una participación igual o superior al 25%, salvo en caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad o cuando exista conformidad del socio afectado con la exclusión acordada. Por último, en relación con la ejecución del acuerdo de exclusión, no aparece en la memoria de análisis del impacto normativo de la proyectada nueva legislación justificación alguna que explique la omisión de su regulación. A este respecto, teniendo en cuenta que la propuesta de Código contempla la posibilidad de suspender el acuerdo de exclusión (artículo 271-16), sería preferible que se mantuviera el régimen de ejecución del acuerdo a instancias de la sociedad y, en caso de falta de actuación de ésta, de cualquier socio interesado, en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo. De esta manera, los socios que hubieran votado a favor de la exclusión tendrían garantizado su derecho a la ejecución del acuerdo, incluso en los casos de bloqueo de los órganos sociales o inactividad de los administradores.

c) Efectos comunes de la separación y exclusión de socios. El régimen común de la separación y exclusión de socios que contempla la Sección 3ª del Capítulo I incorpora algunas modificaciones significativas con respecto al régimen vigente que merecen, en general, un juicio favorable. Así, a propósito de la "valoración de las partes sociales", el artículo 271-18, apartado 4, exige que el informe sea depositado en el Registro Mercantil, "entregando copia a la sociedad y al socio afectado", suprimiendo la exigencia de que esta entrega sea verificada por conducto notarial, como hace actualmente el artículo 353 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Nada cabe objetar a esta supresión, en la medida en que el depósito del informe ante el Registro Mercantil, junto a la notificación individualizada a la sociedad y al socio afectado, constituyen garantías suficientes de información a los interesados, sin que sea necesario añadir cargas adicionales como la notificación por conducto notarial, que previsiblemente resultarán en un incremento de costes y un retraso en la ejecución de los trámites correspondientes.

El artículo 271-19 contiene otra modificación de importancia ya que, por primera vez, regula varias "modalidades de reembolso a los socios", que pueden ser (i) la reducción de capital (apartado 1); (ii) la adquisición de las acciones o participaciones de los restantes socios, siempre que tal posibilidad venga prevista en los estatutos (apartado 2) y (iii) la adquisición por la sociedad cuando la posibilidad de adquisición por los socios no venga prevista por los estatutos (apartado 2). Ninguna objeción o reserva se opone a la regulación proyectada, salvo que, en relación con la adquisición de acciones o participaciones por la sociedad se omita la exigencia de escritura pública que contempla actualmente el artículo 359 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que es una garantía especial de tutela de los derechos de los socios en situaciones especialmente delicadas, como es el caso de la adquisición de acciones por la sociedad en régimen de autocartera, y que, a juicio del Consejo de Estado, el proyecto de Código debería mantener en el caso ahora examinado. Este mismo principio de tutela especial debiera extenderse a los supuestos de adquisición de las acciones o participaciones por los demás socios, en la medida en que una adquisición de estas características, concebida para los casos de separación o exclusión de un socio, debe estar rodeada de garantías bastantes para evitar posibles situaciones de fraude. Por todo ello, el Consejo de Estado considera que sería deseable que la regulación

proyectada mantuviera la exigencia de otorgamiento de escritura pública también en los supuestos de adquisición de las acciones o participaciones por los socios no separados ni excluidos.

2. Capítulo II: Disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles. Dentro de este Capítulo II, debe hacerse una mención especial a la novedad que incorpora la sección 4^a, a propósito de la extinción de la sociedad en caso de falta de activo. Esta posibilidad, que no contemplaba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aparece, en palabras de la memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto, como un "un procedimiento razonablemente ágil que permita, todavía en el ámbito societario, constatar con suficiente fiabilidad 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". Este procedimiento de extinción se desarrolla en los artículos 272-44 a 272-54 del proyectado Código, cuyas líneas generales deben ser brevemente expuestas. Según la regulación proyectada, la constatación durante la liquidación de la sociedad de la insuficiencia del activo para satisfacer a los acreedores, habilitaría a los liquidadores para iniciar los trámites de extinción por falta de activo. Como requisitos procedimentales, la norma exige -en síntesis- que los liquidadores otorguen escritura pública manifestando la falta de activo, incorporando un informe detallado de las operaciones de liquidación realizadas, actos de disposición, créditos extinguidos -antes y durante la liquidación-, créditos no satisfechos y procedimientos judiciales en que la sociedad esté incurso. Esa escritura e informe deben ser depositados en el Registro Mercantil, a los efectos de que el Registrador notifique esta circunstancia al Juez de lo Mercantil por vía telemática. Recibida esta notificación, "el secretario, sin más trámites, procederá a dejar constancia de la comunicación recibida". A continuación, el hecho del depósito debe ser publicado tanto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil como en la página web de la sociedad o, a falta de ésta, en un diario de gran circulación de la provincia donde radique el centro principal de intereses de la sociedad. Los efectos de esta tramitación son de tres clases: (i) en primer lugar, con el depósito en el Registro Mercantil se suspende el deber de los liquidadores de solicitar el concurso; (ii) en segundo lugar, desde que el secretario judicial deje constancia de la recepción de la notificación al juzgado, no se admitirán a trámite solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos de la sociedad deudora; (iii) por último, transcurrido un mes desde la publicación del depósito en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, el registrador declarará extinguida la sociedad y cancelará la inscripción, salvo que se solicite el nombramiento de un experto independiente para la emisión de informe. A partir de aquí, se abrirían dos posibilidades:

- bien que ningún acreedor solicite el nombramiento de experto, con lo que la sociedad quedaría extinguida, lo que a su vez acarrearía la extinción de todos los créditos insatisfechos, aunque no las garantías personales ni reales constituidas por terceros;

- bien que algún acreedor solicitara el nombramiento de experto por el registrador mercantil, en el plazo de veinte días desde la publicación del depósito en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y con la carga de abonar los honorarios del experto así como, en su caso, de constituir una provisión de fondos a requerimiento del registrador mercantil.

Esta segunda vía determinaría el nombramiento de un experto, cuyas funciones se centran en la emisión de un informe donde se haga constar si procede el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los antiguos administradores o los liquidadores y si, en caso de declararse el concurso, procedería ejercitar acciones de reintegración de la masa, así como si "sería previsible que la sentencia de calificación contuviera condena a la cobertura total o parcial del déficit". En fin, del resultado de este informe podrían derivarse dos consecuencias alternativas: si fuera negativo, el registrador debe declarar extinguida la responsabilidad y los créditos insatisfechos; si, en cambio, fuera positivo o no pudiera emitirse por falta de datos, la norma proyectada exige remisión del informe al juez competente, considerando esta remisión como una solicitud de concurso voluntario.

Este régimen de extinción de la sociedad en caso de falta de activo suscita una serie de problemas importantes que merecen, a juicio de este Consejo de Estado, una especial consideración.

En primer lugar, la extinción de la sociedad en los términos expuestos implicaría una grave desprotección de los acreedores. Esta desprotección resulta evidente si se toman en consideración las dificultades que la norma proyectada establece a la hora de reglamentar la oposición de los acreedores a la extinción de la sociedad. Así, ante una actuación de los liquidadores que escapa a su control -como es el depósito de la escritura y el informe en el Registro Mercantil- los acreedores ven doblemente restringida su capacidad de reacción: por un lado, estarán imposibilitados para solicitar la declaración del concurso y, por otro, contarán con el breve plazo de un mes para activar el mecanismo limitado de oposición a través de la solicitud de nombramiento de un experto por el registrador mercantil. Incluso en este último supuesto -el único que puede enervar la extinción y cancelación de la sociedad- el acreedor se encuentra con obstáculos importantes, pues la norma proyectada le exige abonar el coste de los honorarios del experto e, incluso, dotar una provisión de fondos a requerimiento del registrador. Las consecuencias de no actuar son, sin embargo, mucho más peligrosas pues conllevan, como ya se ha dicho, la extinción de la sociedad y de los créditos que el acreedor tuviera frente a ésta.

La más grave de las consecuencias de la regulación proyectada es que puede resultar en una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del acreedor. En efecto, de lo expuesto anteriormente se desprende que en este procedimiento de extinción de la sociedad por falta de activo, el acreedor ve cerrada la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para intentar satisfacer su derecho de crédito en el seno del correspondiente procedimiento concursal. Una restricción de estas características implicaría denegar al acreedor su derecho a acceder al proceso, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional "el art. 24 de la Constitución, al favorecer el acceso de los ciudadanos a la justicia, exige una ausencia de condicionamientos previos que dificulten o entorpezcan la posibilidad de actuar por vía jurisdiccional, de manera que cuando el legislador imponga requisitos que entrañen obstáculos del derecho al proceso o a la jurisdicción, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada en esta sede, atendiendo a las perspectivas de cada caso concreto, habiendo de señalarse en línea de principio que el obstáculo del acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables" (sentencia 158/1987 de 20 octubre). En este sentido, "el derecho a accionar judicialmente en defensa de los derechos o intereses puede ser válidamente retardado, si ello no acarrea la pérdida o extinción del derecho mismo cuya tutela se pretende o de su posible ejercicio y defensa posterior, ni supone indebida o irrazonable dilación de la posibilidad de instar y obtener resolución judicial sobre la pretensión correspondiente (sentencia 4/1988 de 21 enero)." Debe además tenerse en cuenta el derecho de acceso a la jurisdicción que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución, pues este derecho "puede verse afectado por medidas, no ya coactivas -expresión, empleada por la parte, inadecuada por excesiva en el caso-, sino impeditivas o disuasorias del acceso a la justicia" (sentencia del Tribunal Constitucional 206/1987, de 21 de diciembre). En definitiva, mantener la regulación proyectada en los términos previstos implicaría la pérdida de las posibilidades de defensa de los derechos del acreedor, al denegarle el derecho de acceso al juez concursal para instar la apertura del correspondiente procedimiento de ejecución colectiva, donde tratar de dar satisfacción a su crédito bajo la tutela de un órgano jurisdiccional.

Además de lo anterior, la extinción de las deudas sociales con ocasión de la extinción de la sociedad puede dar lugar a otras consecuencias indeseables. Así, el régimen proyectado es susceptible de amparar situaciones fraudulentas, en las que los liquidadores paguen y extingan unos créditos en detrimento de otros. Incluso en el caso en que no mediara fraude en la actuación de los liquidadores, el pago preferente de algunos créditos cuando resulte evidente que el activo es insuficiente, vulnera una regla tradicional en nuestro derecho que preside la regulación de la Ley 22/2003, de 9 de

julio, concursal, como es la regla de la "pars conditio creditorum", que impone un tratamiento igual de todos los acreedores desde el momento en que resulte evidente que el deudor no puede hacer frente al pago de todas sus deudas.

Otra de las cuestiones que suscita dudas importantes es la relativa a la subsistencia de las obligaciones de garantía cuando se ha extinguido la obligación principal. En efecto, el proyectado artículo 272-48 dispone que "la extinción de los créditos insatisfechos" no producirá la extinción "de las garantías personales que se hubieran otorgado ni de las garantías reales que se hubieran constituido por terceros". La efectividad práctica de este precepto implicaría alterar una de las reglas tradicionales en nuestro derecho de obligaciones, como es la de la accesoriedad de la obligación de garantía con respecto a la obligación principal. En el caso de las garantías personales, el artículo 1847 del Código Civil dispone que "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones", regla que recoge el propio proyecto de Código, al aludir a "las consecuencias del carácter accesorio y subordinado de la obligación del fiador" (artículo 578-3). Lo mismo cabe decir de las garantías reales, pues éstas, en virtud de su carácter accesorio, se extinguen al hacerlo la obligación principal (artículos 1528 y 1857 del Código Civil). En definitiva, la aplicación práctica del artículo proyectado podría dar lugar a dudas interpretativas de importante calado, especialmente respecto a si sería posible admitir la subsistencia de una garantía -personal o real-, constituida para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, cuando esta obligación ha dejado de existir. O lo que es lo mismo, si resulta justificado introducir por esta vía un supuesto de responsabilidad sin deuda, en contravención del principio según el cual toda garantía se constituye para responder de una obligación principal válida (artículos 1824 y 1861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria).

Finalmente, debe advertirse que la regulación proyectada, en aras de una búsqueda de mayor agilidad y flexibilidad en situaciones de insolvencia, incurre sin embargo en una invasión de funciones típicamente jurisdiccionales. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 272-52 que, al tratar del contenido del informe del experto, se refiere a cuestiones que anticipan -y en algunos casos sustituyen- una decisión judicial. En concreto, el experto se debe pronunciar sobre la procedencia o no del ejercicio de acciones de responsabilidad, sobre las posibilidades de reintegro a la masa activa, o sobre la calificación del concurso. No habría obstáculo a que el experto valorase estas cuestiones si su intervención fuera puramente voluntaria pero, según ha quedado apuntado, la solicitud de nombramiento de un experto viene impuesta al acreedor como única alternativa a la extinción de la sociedad. Ello implica una vulneración del artículo 117.3 de la Constitución -que reserva a los juzgados y tribunales la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- en conexión con el 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone que "los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora". En la medida en que todas las cuestiones a las que se refiere el informe de experto están reservadas al juez del concurso en la legislación concursal, resulta inadmisibles sustituir la intervención de un órgano judicial por el informe de un experto, cuyas consecuencias se imponen a los acreedores en los términos descritos anteriormente.

En definitiva, de todo lo expuesto se desprende la necesidad de reconsiderar en detalle todo el régimen proyectado de extinción de la sociedad por falta de activo. Nada cabe objetar a la posibilidad de prever de mecanismos alternativos al concurso, pero siempre y cuando éstos se adopten con la aquiescencia de todos los implicados y en ningún caso vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva de los acreedores, ni deriven en una invasión de funciones jurisdiccionales.

H) Título VIII: Las sociedades cotizadas

El Título VIII del Libro Segundo del nuevo Código Mercantil, relativo a las sociedades cotizadas, incorpora las últimas modificaciones incorporadas al Título XIV del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que fue modificado a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de

incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas y, más recientemente, por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (artículo único, apartados veintinueve a sesenta y dos). En la regulación proyectada, el Título VIII se estructura en seis capítulos, dedicados, respectivamente, a establecer disposiciones generales (Capítulo I), especialidades en materia de acciones y de obligaciones (Capítulo II), especialidades en materia de órganos sociales (Capítulo III), pactos parasociales sujetos a publicidad (Capítulo IV), especialidades en materia de aumento y reducción de capital y de emisión de obligaciones (Capítulo V) y, finalmente, información societaria (Capítulo VI). Deben hacerse algunas observaciones menores en relación con defectos de numeración y errores de expresión que aparecen a lo largo de este Título VIII. En concreto, hay remisiones incorrectas en los artículos 281-8, que alude al artículo 283-5, cuando debería referirse al artículo 283- 6; 283-14, que por error remite al artículo 283-10 y debería hacerlo al artículo 283-12 y 283-42, que remite al artículo 231-95 en vez de al artículo 231-100. En el artículo 282-4 se repite dos veces la expresión "a efectos", en su apartado 2 y en el artículo 283-31 se habla de que "su participación no alcancen", cuando debería decir "no alcance" (en singular). En el artículo 283-33, el apartado 5 contiene una regla que se encuentra reproducida literalmente en el artículo 283-28 y por ello debería suprimirse. Lo mismo sucede en el artículo 286-6, cuyo contenido se repite en el artículo 286-4. En el artículo 283-38, la letra f) debería decir "formular propuestas" y no "formulará propuestas". En fin, se advierte que el artículo 286-4 alude hasta en dos ocasiones a la "Comisión Nacional del Mercado de Valores", cuando la propuesta de Código sustituye esta denominación por la de "organismo encargado de la supervisión del mercado de valores" y en el artículo 286-9, letra d), aparece una referencia al "Código de Comercio".

Como novedad importante, es necesario hacer referencia a una cuestión que ha suscitado discusión en varios de los informes sobre la propuesta de Código. Es el caso de la limitación de la duración de los pactos parasociales a 5 años, que prevé el artículo 284-3, límite que no contempla en la actualidad el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y que tampoco trae causa del Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. En líneas generales, los informes argumentan que la experiencia demuestra que los pactos parasociales suelen extenderse por un plazo superior al previsto por la norma y que, por ello, se considera que la limitación proyectada constituye una restricción injustificada a la libertad de pacto de los socios. El Consejo de Estado coincide parcialmente con estas observaciones. Teniendo en cuenta las exigencias de publicidad de estos pactos (artículos 284-1 y 284-2) y la necesaria mención de su existencia en el informe de gobierno corporativo (artículo 286-5) parece preferible no imponer limitaciones a su duración, pues una previsión de esta naturaleza podría derivar en situaciones prácticas de efecto contrario al pretendido por la propuesta de Código. Piénsese en el supuesto en que, transcurrido el plazo de 5 años, el pacto no fuera renovado y por ello deviniera ineficaz, pero siguiera produciendo sus efectos en la práctica sin cumplir los requisitos de publicidad previstos en la propuesta de Código. Ante situaciones como ésta, parece preferible dar prioridad a las exigencias de transparencia y publicidad con respecto a la existencia de estos pactos y, a cambio, conservar la flexibilidad actual en cuanto a la duración de los mismos. Por todo ello, se sugiere reconsiderar la regulación del artículo 284-3 y, en particular, la conveniencia de fijar la regla de duración temporal máxima de los pactos parasociales.

I) Título IX: Las uniones de empresas

Ese Título incorpora una de las novedades más significativas del proyectado nuevo Código Mercantil en lo que afecta al Derecho español de sociedades, en la medida en que, por primera vez, se recogen varias figuras cuya regulación en la actualidad se encuentra dispersa en distintas normas legales. En concreto, se incorporan a la norma proyectada tres figuras cuyo desarrollo se aborda en tres capítulos distintos: los grupos de sociedades (Capítulo I), las agrupaciones de interés económico (Capítulo II) y las uniones temporales de empresas (Capítulo III).

Antes de proceder al análisis separado de la regulación proyectada para cada una de estas figuras, resulta preciso llamar la atención sobre un aspecto significativo de estas formas de unión empresarial, cual es el de la existencia o no de personalidad jurídica de las mismas. El Proyecto sólo alude a la ausencia de personalidad jurídica en el caso del grupo de sociedades en el artículo 291-1, apartado segundo ("El grupo de sociedades carece de personalidad jurídica"). Sin embargo, silencia esta importante cuestión al tratar las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas. La memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto no da cuenta de las razones de la omisión y se limita a señalar que "en ambos casos se ha tomado como referencia la normativa específica que las venía contemplando". Cabe apuntar al respecto que precisamente esta cuestión de la personalidad jurídica ha sido uno de los aspectos que, en la normativa vigente, ha servido para caracterizar a una y otra figura. Así, el artículo 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico declara expresamente que "las Agrupaciones de Interés Económico tendrán personalidad jurídica" y, de la misma manera, el artículo séptimo, apartado dos de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, dispone que "la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia". La omisión es especialmente perturbadora en este segundo caso -el de las Uniones Temporales de Empresas- por cuanto el artículo 293-1 del Anteproyecto, al definir la "noción de unión de unión temporal de empresas", se refiere a éstas como "sociedades mercantiles".

Tanto las agrupaciones de interés económico como las uniones temporales de empresas son figuras que cuentan hoy con una asentada aceptación en la práctica, lo que ha permitido que una y otra hayan venido desarrollando sus funciones según su perfil propio. Así, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 162/2007 de 8 febrero, las agrupaciones de interés económico, "pese a carecer del ánimo de lucro que caracteriza a toda sociedad (...) constituyen una modalidad de entidad mercantil, creada, como ejemplo de mecanismo de cooperación interempresarial, (...) que "cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que desarrollen" goza para el cumplimiento de sus fines de personalidad jurídica propia (...) pero que (...) presupone el mantenimiento de la autonomía y personalidad jurídica de sus miembros integrantes." En cambio, por lo que se refiere a las uniones temporales de empresas, como mantiene una sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2012, su finalidad "no es otra que ser una figura asociativa, nacida de un contrato de colaboración y carente de personalidad jurídica, que se constituye exclusivamente entre empresarios, con una duración limitada, para la ejecución y desarrollo de una obra, servicio o suministro, en condiciones tributarias ventajosas."

La cuestión del reconocimiento o no de personalidad jurídica a estas figuras tiene importantes consecuencias. En este sentido, el Consejo de Estado desea llamar la atención sobre el hecho de que la norma proyectada pretende ser el texto de referencia que permita establecer un concepto unitario de cada una de estas figuras que, si bien se limita al ámbito mercantil, tendrá importantes consecuencias en otras ramas jurídicas. Esto es especialmente significativo en el caso de las uniones temporales de empresas, por las implicaciones que la figura tiene en la contratación pública y privada y, sobre todo, el ámbito del Derecho tributario (en aplicación de la disposición derogatoria única, apartado tres, número 3º, del Anteproyecto, quedarían en vigor los aspectos de régimen fiscal de estas uniones, según se regulan actualmente en la Ley 18/1982).

Por todo ello, a juicio de este Consejo, sería conveniente incluir una referencia expresa a la personalidad jurídica -o, en su caso, a la falta de ella- en ambos tipos de uniones empresariales.

1. Capítulo I: Los grupos de sociedades. Con respecto a los grupos de sociedades, la regulación proyectada merece un comentario especial en lo que se refiere a cuatro aspectos principales: el concepto de grupo de empresas, el régimen sancionador por incumplimiento de los deberes de información e inscripción, el régimen de instrucciones por la sociedad dominante y la llamada "responsabilidad aparente" de la sociedad dominante.

a) Concepto de grupo de sociedades. En primer lugar, por lo que se refiere al concepto de grupo de sociedades, el Anteproyecto aborda la definición de la "noción de grupo" en el artículo 291-1, diferenciando dos supuestos:

- por un lado, los supuestos de control de una o varias sociedades por otra sociedad, o bien por cualquier persona física o jurídica (grupo por subordinación); y
- por otro, los supuestos de actuación coordinada de dos sociedades bajo dirección única (grupo por coordinación).

En el primer supuesto, el proyectado Código mantiene el concepto de grupo de sociedades que ya incorporó a nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, que modificó los artículos 42 y ss. del Código de Comercio. En líneas generales, el Código proyectado ha conservado este mismo concepto en los artículos 292- 2 (relativo a la "sociedad dominante y sociedades dependientes") y 291-3 (que regula las presunciones legales de control, con el mismo contenido del artículo 42 del código de Comercio, aunque añadiendo dos presunciones adicionales).

En cambio, el segundo supuesto -grupo por coordinación- aparece como novedad en nuestro Derecho Mercantil. Su régimen jurídico no difiere del establecido para el grupo por subordinación, por cuanto el artículo 291-4, al tratar de su régimen jurídico, dispone que les será aplicable "lo dispuesto en este Capítulo (...) en lo que proceda". A este respecto, el Consejo de Estado considera necesario llamar la atención sobre las consecuencias prácticas que podría tener la aplicación de la norma proyectada. La amplitud de la definición del grupo por coordinación, que sólo requiere "que dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común", engloba potencialmente formas muy distintas de colaboración empresarial que conoce la práctica mercantil (comunidades de ganancias o "pools", formas de sindicación, alianzas estratégicas o sociedades conjuntas o "joint ventures"). En este sentido, la remisión genérica a las normas que disciplinan el grupo por subordinación suscita, al menos, dos interrogantes. Por un lado, sería deseable aclarar si a todos los supuestos de coordinación entre dos sociedades independientes bajo dirección común se anudan los deberes de información e inscripción en el Registro Mercantil, con sumisión al severo régimen sancionador que se contempla para el caso de incumplimiento (al que se hará referencia más adelante). A juicio del Consejo de Estado, una previsión de esta naturaleza podría resultar difícil y costosa de cumplir en la práctica, teniendo en cuenta que la actuación coordinada entre sociedades puede ser temporal o referirse a aspectos puntuales de la actividad de cada una.

Por otro, se suscitan dudas de orden interpretativo por la remisión genérica al resto de normas del capítulo primero "en lo que proceda", pues la mayoría de ellas alude a las relaciones jerárquicas entre sociedad dominante y sociedad subordinada, con lo que no queda claro si tales normas deben ser excluidas por inaplicables o si, por el contrario, es necesario proceder a una interpretación analógica de los artículos, para extraer aquello que pudiera resultar de aplicación a los grupos por coordinación. Así, por ejemplo, podría plantearse la duda de si existe o no derecho de separación de los socios externos en caso de integración de la sociedad en un grupo, como prevé el artículo 291-15.

En atención a todo lo anterior, este Consejo de Estado estima que sería conveniente considerar estas cuestiones a efectos de, o bien establecer un régimen específico de los grupos por coordinación, o bien limitar el concepto de grupo de sociedades a los supuestos de existencia de una relación de control, como hace en la actualidad el artículo 42 del Código de Comercio.

b) Régimen sancionador por incumplimiento de los deberes de información e inscripción. El artículo 291-8 contempla varias consecuencias para el caso de que los administradores incumplan los deberes de información e inscripción del grupo de sociedades. En su apartado primero, declara que aquéllos "responderán solidariamente entre sí y con la sociedad de los perjuicios causados a los socios o a los terceros". Por su parte, el apartado segundo añade que "asimismo, el incumplimiento del deber de

presentar a inscripción el hecho de la integración o de la separación del grupo dará lugar a la imposición por el Director General de los Registros y del Notariado de una multa por importe de diez a cien mil euros a los administradores sobre los que recaiga ese deber".

Este segundo apartado merece un comentario especial en cuanto suscita algunas dudas importantes. El precepto parece tener difícil asiento competencial en el artículo 149.1.6ª de la Constitución, en cuanto el ejercicio de la potestad sancionadora de un órgano de la Administración no se corresponde bien con la "legislación mercantil", a que se refiere el citado artículo de la Constitución. En efecto, según la jurisprudencia constitucional, dentro de la materia mercantil es necesario distinguir entre la regulación de las relaciones inter privados y el régimen de intervención de los poderes públicos -por ejemplo, mediante actividades de policía administrativa (sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre) o de vigilancia, inspección y régimen disciplinario (sentencia 62/1991, de 22 de marzo)-. En el marco de esta distinción, el Tribunal Constitucional ha reiterado en diversas ocasiones que "sólo las reglas de Derecho privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil" (sentencias 37/1981, de 16 de noviembre y 14/1986, de 31 de enero).

c) Ejercicio del control y la responsabilidad. La Sección tercera del Capítulo II lleva por rúbrica "Del ejercicio del control y de la responsabilidad". Esta regulación atribuye a los administradores de la sociedad dominante la facultad de impartir instrucciones a los administradores de la sociedad dominada, aunque sea en perjuicio de ésta última, siempre que se haga en interés del grupo y que no resulten contrarias a la ley o a los estatutos ni pongan en riesgo la solvencia de la sociedad dominada (artículo 291-9). La consecuencia fundamental de esta posibilidad es que, en caso de que se aprecie la existencia de un perjuicio en la sociedad dependiente (artículo 291-10), la sociedad dominante está obligada a "compensar adecuadamente a aquélla en el plazo máximo de un año" y, en caso de no hacerlo, la sociedad dominante y sus administradores responderán solidariamente ante la dependiente por los perjuicios causados (artículo 291-11, apartado 1). Se añade, además, un régimen de responsabilidad propio de los administradores de la sociedad dependiente, que responderán solidariamente con los administradores de la sociedad dominante, "a menos que prueben que han cumplido con el deber de información así como que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución de las instrucciones no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad". Finalmente, se regula la acción de responsabilidad (artículo 291-11, apartado 3), legitimando para su ejercicio a cualquier administrador o cualquier socio de la sociedad dependiente, así como a cualquier acreedor en caso de insuficiencia de patrimonio de la sociedad.

Para valorar la regulación proyectada es necesario entrar a considerar, por un lado, las nociones de instrucción perjudicial y de perjuicio y, por otro, las consecuencias que se anudan a la causación de ese perjuicio.

Por lo que respecta a las instrucciones cuya ejecución "pueda ocasionar un perjuicio" a la sociedad dependiente (artículo 291-9, apartado 1), el concepto se restringe doblemente, en cuanto, por un lado, estas instrucciones perjudiciales no pueden ser en ningún caso contrarias a la ley ni a los estatutos y, por otro, tampoco pueden afectar a la solvencia de la sociedad. El supuesto de hecho quedaría, por ello, concretado en aquellas decisiones de la sociedad dominante que afecten a la dominada causándole un daño, bien de naturaleza patrimonial -pero que no afecte a su solvencia-, bien de naturaleza no patrimonial (cabe pensar en desventajas estratégicas o costes de oportunidad). Sin embargo, esta noción de instrucción perjudicial debe ser necesariamente complementada con la definición del "perjuicio por ejecución de instrucciones" que ofrece el artículo 291-10, al disponer que la existencia del perjuicio "deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que tenga para la sociedad dependiente la pertenencia al grupo". A juicio del Consejo de Estado esta precisión vacía en cierta manera de contenido la noción de instrucción perjudicial, por cuanto, aun en el caso de que las instrucciones impliquen consecuencias negativas para la sociedad dependiente, el perjuicio sólo podrá determinarse por referencia a la situación de esta sociedad en el grupo, de manera que si la pertenencia a

éste resulta ventajosa, en términos generales, resulta dudoso que pueda apreciarse la existencia de un perjuicio. Por ello, sería conveniente considerar la posibilidad de que la existencia del perjuicio se determine por referencia, no a la ventaja de pertenencia al grupo de sociedades, sino por referencia a los efectos positivos de la medida para todo el grupo, incluyendo a la sociedad dependiente.

En cuanto a las consecuencias derivadas de la causación de un perjuicio a la sociedad dominante, es preciso distinguir entre (i) el cumplimiento del deber de compensación; (ii) el incumplimiento del deber de compensación y (iii) el cumplimiento insuficiente del deber de compensación.

En el supuesto normal de cumplimiento de la obligación de compensar, el artículo 291-11 contempla dos reglas procedimentales: por un lado, corresponderá a la sociedad dependiente determinar, en su informe de gestión, la causa del perjuicio y, en su caso, su cuantía real o estimada (apartado 2); por otro, la sociedad dominante deberá compensar a la dependiente en el plazo de un año (apartado 1). En relación con este último plazo, el precepto matiza que, cuando el perjuicio "fuera objetivamente previsible, el plazo de un año se contará desde la fecha de la instrucción", pero no establece reglas para el cómputo en caso de que el perjuicio no fuera previsible. A juicio del Consejo de Estado sería deseable que la norma proyectada, habida cuenta de las consecuencias que se asocian a la falta de cumplimiento de este deber de compensación -responsabilidad solidaria, derecho de separación de socios-, concretara con mayor claridad las reglas de cuantificación y pago de la compensación por instrucción perjudicial. De esta manera, redundaría en una mayor claridad del precepto distinguir claramente las reglas aplicables a los dos supuestos de hecho contemplados por la norma, de forma que se aclarara que, por un lado, en caso de perjuicio objetivamente previsible, la compensación se abonará en el plazo de un año desde la fecha de la instrucción y su cuantía será determinada por la sociedad dominante (sin perjuicio de la posibilidad de revisión por la dependiente) y, por otro, que, en caso contrario -perjuicio que no sea objetivamente previsible- la compensación se abonará en el plazo de un año desde que el informe de gestión de la sociedad dependiente determine la cuantía real o estimada del perjuicio.

En cuanto al incumplimiento o cumplimiento insuficiente del deber de compensación, sus consecuencias son las mismas a la vista de la regulación proyectada y se centran en dos aspectos capitales: la responsabilidad y el derecho de separación de los socios. El régimen de responsabilidad es especialmente estricto, en la medida en que implica la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante y sus administradores, así como de los administradores de la sociedad dominada, salvo que estos últimos acrediten el cumplimiento de sus deberes de información o la existencia de elementos objetivos para considerar adecuada la compensación. Esta responsabilidad puede ser exigida, a través del ejercicio de la correspondiente acción contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente, por cualquier administrador, socio o acreedor de la sociedad dependiente (en caso del acreedor, sólo si hay insuficiencia del patrimonio social).

A propósito de esta regulación, procede hacer tres observaciones. En primer lugar, parece oportuno considerar la conveniencia de establecer un plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad así como, en su caso, un plazo de prescripción para impugnar las instrucciones perjudiciales, en aras de una mayor seguridad jurídica. En este sentido, puede servir como modelo el artículo 231-103 del Anteproyecto, que, al tratar de la impugnación de los acuerdos del órgano de administración, establece un plazo de 30 días, siempre que no hubiera transcurrido más de un año desde su adopción. En segundo lugar, en lo que se refiere a la impugnación por los socios, podría resultar también oportuno establecer determinados requisitos de legitimación -el artículo 231-103 establece un umbral mínimo del 1 por ciento de participación en el capital social- habida cuenta de que este precepto se aplica a todas las sociedades, incluidas las cotizadas, y que los socios externos, que serán normalmente los perjudicados, tienen reconocido un derecho individual de separación para el caso de no haber recibido una compensación adecuada (salvo en el caso de sociedades cotizadas). Finalmente, parece a este Consejo que sería deseable distinguir en la norma proyectada entre las

consecuencias anudadas a un incumplimiento total del deber de compensar y las propias de un cumplimiento insuficiente, en la medida en que el comportamiento de los administradores de la sociedad dominante es distinto en uno y otro caso. Debe además tenerse en cuenta que, en caso de "perjuicio evidente", el pago se efectúa según la valoración que de tal perjuicio haga la sociedad dominante en el plazo de un año, por lo que puede resultar difícil instrumentar la oposición de los administradores de la sociedad dependiente. Con esta finalidad, una solución posible sería la de distinguir dos situaciones, con consecuencias distintas:

- por un lado, la responsabilidad por incumplimiento -donde no ha habido compensación alguna- que podría acarrear como consecuencias la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante y de los administradores de las sociedades dominante, así como de los administradores de la sociedad dependiente (éstos últimos, salvo que hubieran cumplido con sus deberes de información); y

- por otro, la responsabilidad por cumplimiento parcial - donde ha habido cumplimiento, si bien insuficiente- que podría conllevar la obligación de suplemento de la compensación ya satisfecha, obligación de la que responderían solidariamente la sociedad dominante y sus administradores.

Finalmente, en lo que se refiere al derecho de separación, se reconoce a los socios externos, esto es, aquellos socios que no tengan participación directa o indirecta en el capital de la sociedad dominante (artículo 291-15) y se regula en el artículo 291-17. Son requisitos para el ejercicio de este derecho de separación que la sociedad dependiente no sea una sociedad cotizada (apartado 1) y que el derecho se ejercite en el plazo de un año desde que el socio hubiera conocido o debido conocer la existencia del perjuicio sin compensación adecuada (apartado 2). La consecuencia es que "el socio que se separe tendrá derecho a obtener el valor razonable de las acciones o participaciones de que fuera titular en la sociedad dependiente a la fecha en que se hubiera causado el perjuicio sin compensación adecuada, deducidas las cantidades que, en concepto de compensación parcial, hubiera podido percibir la sociedad y de las cantidades que a partir de ese momento hubiera percibido el socio que se separa en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones" (apartado 3). A propósito del texto citado, deben formularse dos observaciones. En primer lugar, el precepto debería hablar de acciones, participaciones "o cuotas", en la medida en que nada indica en la norma proyectada que la regla se aplique solamente a sociedades de capital. En segundo lugar, parece oportuno llamar la atención acerca de las consecuencias potencialmente negativas que pudiera tener para el socio externo el ejercicio de este derecho de separación, pues de la regulación proyectada se desprende que el socio percibiría no el valor razonable de sus acciones, participaciones o cuotas, sino la cifra que resultare de detracer de este valor el importe de las cantidades percibidas por la sociedad dominante en concepto de compensación -que pudieran exceder del valor de la participación del socio-, así como el importe de los dividendos distribuidos. Por este motivo, sería quizá conveniente matizar este precepto, añadiendo que del valor razonable de las acciones, participaciones o cuotas se detracerán las cantidades percibidas por la sociedad en concepto de compensación, en la proporción que corresponda a la participación del socio, así como las cantidades percibidas en concepto de distribución de dividendos o restitución de aportaciones.

d) La "responsabilidad aparente". La regulación de la responsabilidad por apariencia sobresale como una de las novedades más significativas en el régimen de los grupos de sociedades y responde a la necesidad de dar respuesta a las dificultades que se suscitan frecuentemente en la práctica mercantil en relación con la imputación de responsabilidades cuando actúan varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo. De esta manera, el artículo 291-13, en su apartado primero, dispone que "la sociedad dominante responderá subsidiariamente de las deudas de la sociedad dependiente, cuando se hubiera generado en el acreedor, por las circunstancias concurrentes, la apariencia de que la dominante asumía la responsabilidad". Esta norma ha sido contestada en los informes de varias asociaciones y operadores jurídicos, que invocan argumentos diversos para rechazar la regulación proyectada, tales como la quiebra del principio de personalidad de las sociedades mercantiles; el quebrantamiento de la

excepcionalidad de la doctrina jurisprudencial del "levantamiento del velo"; la inseguridad jurídica que genera confiar en una apreciación subjetiva del acreedor o, en fin, el posible uso fraudulento de la previsión proyectada, en caso de sociedades que generen injustificadamente una apariencia de pertenencia a un grupo.

El Consejo de Estado comparte parcialmente algunas de estas observaciones, pues aun cuando resulta ciertamente positivo abordar la regulación de la apariencia en los grupos de sociedades, parece necesario valorar las consecuencias que una definición de la responsabilidad en términos tan amplios como los expuestos pudiera tener en el tráfico mercantil. La memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto se hace eco de esta situación, al afirmar que se ha optado por una "fórmula que deja abierta la valoración de las circunstancias del caso concreto". Ello no obstante, con ser cierto que resulta imposible acotar en una norma legal todos los supuestos que pudieran darse en la práctica, parece a este Consejo que una regulación concebida en términos tan amplios, que sólo precisa que se genere en el acreedor una apariencia de asunción de responsabilidad por la sociedad dominante, podría, en contra de lo pretendido por la norma, generar inseguridad jurídica (la apariencia podría abarcar supuestos fácticos muy distintos, difíciles de acotar en la práctica) y, eventualmente, conducir a un aumento de la litigiosidad. A estos efectos, una solución posible sería la de establecer una lista de presunciones "iuris tantum" -a la manera del artículo 291-3, que ofrece un listado de situaciones en los que se presume la existencia de control- o, al menos, un conjunto de parámetros objetivos que permitieran a acreedores y sociedades contar con unas pautas ciertas y con un modelo legal al que adecuar su conducta cuando pretendan, respectivamente, exigir responsabilidad a la sociedad dominante o evitar la responsabilidad por apariencia. La mayoría de estos parámetros puede deducirse de la jurisprudencia, tanto nacional como europea.

Así, y en lo que hace al ámbito europeo, el Tribunal de Justicia pone frecuentemente el énfasis en la existencia de instrucciones impartidas por la sociedad matriz, que vinculen a la sociedad dependiente (sentencias del TJCE de 14 de julio de 1972, asunto 48/69, caso Imperial Chemical Industries Ltd, de 31 de octubre de 1974, asunto 15/74, caso Centrafarm c. Sterling, y asunto 16/74, caso Centrafarm c. Winthrop, de 4 de mayo de 1988, asunto 30/87, caso Bodsom c. Pompas fúnebres, citadas por la STS núm. 327/2013 de 24 junio), en la medida en que pueden comportar la creación de apariencias.

En cuanto a la jurisdicción española, el Tribunal Supremo -habitualmente a través de la Sala Cuarta- ha concretado como parámetros "para establecer la comunicación de las responsabilidades empresariales entre sociedades, pertenecientes a un mismo grupo (...) los siguientes: 1) la confusión de plantillas; 2) la confusión de patrimonios sociales; 3) la apariencia externa de unidad empresarial; y 4) la dirección unitaria" (Sentencia de 26 diciembre 2001. RJ 2002\5292) y, en el mismo sentido, la existencia de "prestaciones de trabajo comunes, simultáneas o sucesivas de los empleados para varias empresas, así como una apariencia externa de unidad de empresa" (Sentencia de 26 de enero de 1998).

Este Consejo estima que la proyectada nueva legislación debería considerar la oportunidad de incorporar otros criterios objetivos que pueden ser relevantes y de utilidad para determinar la responsabilidad por apariencia, tales como el lugar en que se hayan desarrollado las negociaciones, la persona con quien se haya comunicado el acreedor, el lugar de la firma del contrato o la apariencia de respaldo financiero de la sociedad dominante en los tratos preliminares.

2. Capítulo II. De las agrupaciones de interés económico. La regulación de esta figura, como ya se ha dicho, se contiene en la actualidad en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, cuyas líneas básicas respeta, con carácter general, el proyecto de Código, a salvo de lo dicho en la consideración general al Título IX, a propósito de la personalidad jurídica. Ello no obstante, el Consejo de Estado considera que la regulación proyectada ganaría en precisión si se añadieran algunas precisiones adicionales, referidas a tres aspectos concretos: (i) la definición de agrupación de interés económico (artículo 292-1), (ii) los requisitos de constitución

(artículo 292-8) y (iii) las agrupaciones europeas de interés económico (sección cuarta del capítulo II).

En cuanto a la noción de agrupación de interés económico, se aborda en el artículo 292-1, que arranca con la definición de esta figura (apartado 1) para a continuación apuntar dos características fundamentales como son la ausencia de ánimo de lucro (apartado 2) y la prohibición de que la agrupación ostente participación en el capital de las sociedades que la integran. La definición que da el apartado 1 se limita a señalar que "las agrupaciones de interés económico son asociaciones que tienen como objeto exclusivo el ejercicio de una actividad auxiliar a la que desarrollen los asociados", reproduciendo lo dispuesto en la actualidad por el artículo 3 de la Ley 12/1991. A juicio de este Consejo de Estado, sería deseable que esta definición fuera completada, en este u otro precepto, con una referencia a otras dos características que, además de esta "actividad auxiliar" definen, caracterizan y justifican la función de estas agrupaciones. Así, por un lado, sería conveniente explicitar que su finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios (artículo 2 de la Ley 12/1991) y, por otro, en conexión con esta finalidad, acotar quiénes pueden ser sujetos de las agrupaciones de interés económico, al igual que se hace en el artículo 293-2 al regular los requisitos necesarios para ser miembro de una unión temporal de empresa. A estos efectos, puede resultar ilustrativa la redacción del vigente artículo 4 de la Ley 12/1991, que exige que los miembros de la agrupación sean personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y quienes ejerzan profesiones liberales.

Por lo que respecta a los requisitos de constitución, el artículo 292-7 los concreta en el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil. En cuanto al contenido de la escritura, el artículo 292-8 remite a las "menciones comunes a toda clase de sociedades mercantiles" añadiendo la exigencia de que consten "la declaración de la voluntad de los otorgantes de fundar una agrupación de interés económico, los estatutos y los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los otorgantes consideren conveniente establecer". A propósito de esta regulación, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, hasta la fecha, la existencia de un capital social no aparece como un requisito indispensable, aunque sí potestativo de las agrupaciones de interés económico. Es por este motivo por el que el artículo 8 de la Ley 12/1991 exige que en la escritura conste "el capital social, si lo tuviere" con expresión numérica de la participación que corresponde a cada socio, así como de las aportaciones de bienes o derechos realizadas. En atención a esta singularidad que ha venido caracterizando a estas agrupaciones, el Consejo de Estado considera que sería positivo incluir una referencia expresa al capital social en la regulación proyectada, bien en sede de los requisitos de constitución, bien al caracterizar y definir la figura, pero en definitiva a los efectos de concretar si la existencia de capital sigue siendo una cuestión potestativa y, en su caso, cómo debe hacerse constar la opción de los integrantes de la agrupación, así como la cuantía y distribución del capital que se hubiera aportado.

Por último, en lo que se refiere a las agrupaciones europeas de interés económico, la norma proyectada respeta la regulación dada a esta figura por la Ley 12/1991, a su vez trasunto del Reglamento CEE 2137/1985, de 25 de julio, del Consejo, sobre agrupaciones europeas de interés económico. Al respecto deben hacerse, sin embargo, dos observaciones. En primer lugar, se reitera la necesidad de hacer constar que estas agrupaciones gozan de personalidad jurídica, en este caso porque tal requisito de la personalidad no se desprende directamente del Reglamento europeo, cuyo artículo 1.3 impone a los Estados miembros la necesidad de determinar "si las agrupaciones inscritas en sus registros en virtud del artículo 6, tienen o no personalidad jurídica". En segundo lugar, a propósito del régimen sancionador, aunque es cierto que el artículo 39.3 del Reglamento contempla la necesidad de que los Estados miembros establezcan sanciones para el caso de incumplimiento de sus artículos 7, 8, 10 y 25, se reitera lo dicho en la consideración tercera a propósito de la necesidad de evitar que en una norma jurídico-privada se regule la imposición de sanciones administrativas.

Por último, y aunque también se refiere a una cuestión no mercantil, no puede dejar de observarse que la derogación del actual régimen aplicable a las agrupaciones que se

vienen comentando alcanza también a su régimen fiscal, cuestión que deberá ser valorada y tenida en cuenta a la hora de dotar a tales agrupaciones de una nueva legislación.

3. Capítulo III: Las uniones temporales de empresas. A propósito de la regulación de las uniones temporales de empresas, la observación principal de este Consejo de Estado es la ya apuntada a propósito de la omisión de toda mención a la ausencia de personalidad jurídica de las mismas, que es una consecuencia ineludible de ser calificadas, por primera vez, como "sociedades mercantiles". Sin necesidad de reproducir lo ya dicho, debe notarse que, en atención, tanto a la finalidad propia y duración temporal de esas uniones, como a su propia naturaleza, no resulta adecuado aplicarles, sin matices, todas las normas que disciplinan el régimen de las sociedades mercantiles. Esto es especialmente claro si se tienen en cuenta las peculiaridades que contempla el proyecto de Código en relación con estas uniones. Así, existen peculiaridades en cuanto a su constitución (artículo 293-4), en cuanto al régimen de administración, atribuido a un "gerente" (artículo 293-5) y en cuanto al régimen especial de responsabilidad por deudas (artículo 293-6). Por todo ello, a juicio de este Consejo, resultaría conveniente eliminar las referencias a la "sociedad mercantil" (artículos 293-1 y 293-3) y al "domicilio social" (artículo 293-4, apartado 2), así como sustituir la mención a los "socios" (292-2 y 293.4, apartado 2) por la más acertada de "miembros de la unión temporal" (que emplea el artículo 293-6, apartado 1).

Octava. Libro Tercero: el Derecho de la Competencia y la propiedad industrial

A) El enfoque general del Anteproyecto

Dentro del propósito codificador al que responde, el Anteproyecto aborda, en su Libro Tercero, el Derecho de la Competencia y la propiedad industrial, en lo que es una de sus grandes novedades, puesto que la regulación de esas materias ha figurado tradicionalmente extramuros del Código de Comercio.

Además de esa inclusión del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial en el futuro Código Mercantil -en los términos concretos que posteriormente se examinarán-, otro aspecto novedoso de ese Libro Tercero es su propio alcance.

La opción por dedicar ese Libro al Derecho de la Competencia y a la propiedad industrial debe basarse en la conexión que existe entre el desarrollo de la competencia y la protección que la propiedad industrial confiere a determinados productos del ingenio humano aplicados a las actividades económicas, ya que esa propiedad especial permite a su titular sustraer el producto en cuestión de la competencia de otros interesados. Aun teniendo en cuenta esa conexión, también debe notarse que las previsiones detalladas del Derecho de la Competencia abordan muchas cuestiones bien diferentes a las de la protección de los titulares de derechos de propiedad industrial. De ello resulta que el Libro Tercero del proyectado nuevo Código Mercantil reúne previsiones referidas a cuestiones bastante heterogéneas entre sí.

En todo caso, y volviendo sobre lo que se indicó en la cuarta consideración de este dictamen, el Anteproyecto incluye en su Libro Tercero materias sobre las que confluyen varias perspectivas jurídicas diferenciadas.

Así, y por lo que se refiere al llamado Derecho de la Competencia, comprende dos grandes ramas, como son las referidas a la protección de la competencia leal y a la defensa de la competencia, a cada una de las cuales dedica actualmente nuestro ordenamiento jurídico un cuerpo legal diferenciado (la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia). Existen obvias conexiones entre cada una de ellas, como son las que se ponen de manifiesto en el hecho de que actuaciones de competencia desleal puedan ser, al mismo tiempo, conductas prohibidas desde el punto de vista de la defensa de la competencia (artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia). Sin perjuicio de ello, el mecanismo de reacción que nuestro ordenamiento jurídico diseña en cada una de esas ramas es diferente, ya que, en términos generales, descansa en las reacciones judiciales a cargo del orden jurisdiccional civil en el caso de la protección de la competencia leal mientras que la

defensa de la competencia está encomendada a un órgano administrativo (la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), sin perjuicio de las muy relevantes competencias que corresponden a los órganos de la Unión Europea y de las atribuciones que también están reconocidas al respecto a las Comunidades Autónomas.

Y, por lo que hace a la propiedad industrial, segundo bloque del Libro Tercero del proyectado nuevo Código, debe recordarse la amplia y diversificada legislación con que cuenta actualmente nuestro ordenamiento jurídico.

Desde este recordatorio de alcance general puede ahora pasarse a examinar las concretas previsiones de ese Libro Tercero, no sin antes dejar también señalado que esa parte del Anteproyecto aplica criterios bien diversos a cada una de las materias que aborda.

B) Títulos I a IV: El Derecho de la Competencia

1. El enfoque general del Anteproyecto. Por lo que hace a esta primera materia, el tratamiento de la proyectada nueva legislación es muy matizado.

Así, empieza por formular (Título I de su Libro Tercero) lo que califica de "principios generales en materia de competencia", para, seguidamente, incorporar al proyectado Código Mercantil (Título II de su Libro Tercero) toda la regulación de la competencia desleal, que, como acaba de indicarse, está actualmente recogida en una Ley independiente (la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), mientras que, en relación con la defensa de la competencia (Título III de su Libro Tercero), enuncia dos prohibiciones (prácticas colusorias y abuso de posición de dominio), remitiéndose, a los efectos de acotarlas, a los términos concretos contenidos al respecto en la regulación diferenciada de la defensa de la competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia).

Pese a la rúbrica del aludido Título I, su eficacia general resulta dudosa.

En ese sentido, el primero de los preceptos que lo integran (artículo 310-1) es una enunciación de los intereses protegidos por la competencia, que carece de naturaleza prescriptiva y es más propia de una parte expositiva de un texto legal. Por otra parte, su propio contenido también es discutible, ya que bien puede sostenerse, por ejemplo, que el beneficio buscado por la competencia no se circunscribe a consumidores y usuarios sino que se extiende, también, a los competidores, ya sea reales o potenciales. Por todo ello, no se advierte una clara utilidad de ese primer precepto.

Por lo que hace a los otros dos artículos que integran el mencionado Título I (artículos 310-2 y 310-3), se ocupan de los ámbitos objetivo y subjetivo pero se centran en la competencia desleal, tal y como lo pone de manifiesto el hecho de que prácticamente coincidan con los artículos 2 y 3 de la Ley de Competencia Desleal (integrados en su Capítulo I, de disposiciones generales). En consecuencia, tampoco parece que esos preceptos aporten un contenido sustancial a una parte general del Derecho de la Competencia.

En lo que se refiere a la incorporación al nuevo Código de la regulación de la competencia desleal actualmente ubicada en su Ley diferenciada, se trata de una decisión de política legislativa que es coherente con la intención de dotar de nueva vigencia al Código de materias mercantiles.

Por el contrario, la opción por insertar en el proyectado Código dos prohibiciones en materia de defensa de la competencia, que quedan remitidas a los contornos precisos que les dé la legislación específica de defensa de la competencia es abiertamente cuestionable. Por de pronto, esa opción normativa carece de una sustantividad propia, ya que nada añade al contenido de esa legislación específica. Por otra parte, la existencia diferenciada de tal legislación responde a su muy singular naturaleza y a la específica perspectiva desde la que aborda el fenómeno concurrencial. También debe tenerse en cuenta que la regulación y actuación pública en materia de defensa de la competencia reúne a una diversidad de instancias competentes (autonómicas, estatales

y supranacionales) y ha alumbrado una sólida doctrina al hilo del tratamiento que ha debido darse a actuaciones y situaciones complejas y cambiantes en el tiempo. En tales circunstancias, este Consejo de Estado entiende que el tratamiento que el proyectado Código Mercantil dedica a la defensa de la competencia es innecesario y puede transmitir un mensaje confuso y distorsionador sobre el papel verdaderamente fundamental que debe seguir jugando en este campo la legislación específica de protección y defensa de la competencia. En tales circunstancias, este Cuerpo Consultivo propugna suprimir del nuevo Código Mercantil las previsiones que dedica a la defensa de la competencia.

2. El tratamiento unitario de las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia. Cuestión distinta de la anterior es el tratamiento unitario que el Anteproyecto dedica a las acciones derivadas, tanto de la competencia desleal como de las prácticas restrictivas de la competencia, recogido en el Título IV de su Libro Tercero.

De nuevo, el Anteproyecto parte de la regulación actualmente contenida en la Ley de Competencia Desleal, cuyo cuadro de acciones (artículo 32) recoge el artículo 341-1 del nuevo Código, con el importante matiz de que tales acciones quedarían referidas a los actos de competencia desleal y a las prácticas restrictivas de la competencia.

Podría, quizá, argüirse que esa extensión de las acciones que están analizándose exige partir del enfoque general anteriormente comentado. Sin embargo, ha de notarse que la aplicación a las prácticas restrictivas de la competencia de las acciones que están actualmente formuladas en relación con la competencia desleal dependerá de que tales acciones se correspondan con la índole de las aludidas prácticas y no, por el contrario, de que existan unos principios aparentemente comunes a la competencia desleal y a la defensa de la competencia, máxime cuando tales principios tienen el muy limitado alcance anteriormente comentado.

Por otra parte, no está de más recordar que el actual cuadro de acciones en materia de competencia desleal responde al distinto alcance que, con carácter general, tienen las acciones que pueden hacerse valer ante el orden jurisdiccional civil (declaración de ilicitud de una conducta, cesación de la misma, remoción y rectificación de sus efectos, resarcimiento de daños y enriquecimiento injusto). De ello se sigue que, aun sin necesidad de que tales acciones se formulen en un texto legal, podrían ser ejercidas por los afectados.

En todo caso, entiende este Consejo que nada se opone a que la proyectada legislación recoja el cuadro de acciones civiles que podrán ejercerse contra las prácticas restrictivas de la competencia, debiendo quedar claro que se está, con toda precisión, ante acciones de esa índole, que son, por tanto, completamente independientes de otros mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para reaccionar frente a tales prácticas desde otra óptica, como es el de los controles y sanciones de índole administrativa aplicables en materia de defensa de la competencia.

Desde esta misma óptica han de evaluarse las objeciones opuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a la legitimación que el artículo 341-2, número 2, c), del Anteproyecto atribuye a los órganos estatales, autonómicos y locales competentes en materia de defensa de los consumidores para ejercer acciones en relación con las prácticas restrictivas de la competencia que afecten a los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

En concreto, ha suscitado esa Comisión que, de ser considerada como uno de esos órganos, podría producirse una muy indeseable confusión entre las actuaciones que le están legalmente encomendadas para controlar y supervisar las eventuales prácticas restrictivas de la competencia y las acciones de índole civil que estaría legitimada a ejercer en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

Ha de recordarse al respecto que la citada Comisión está legalmente definida como el órgano que "tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos

los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios"(artículo 1, número 2, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia). Parece que ese enunciado es distinto de aquél contemplado por el Anteproyecto (órganos "competentes en materia de defensa de los consumidores"). No obstante, a fin de despejar cualquier posible duda interpretativa que se suscitase acerca de las diferencias entre el "beneficio" y la "defensa" de los consumidores, entiende este Consejo que el proyectado Código debería precisar expresamente que los órganos contemplados en su actual artículo 341-2, número 2, c), no incluyen a la referida Comisión, lo que podría ser objeto de una disposición adicional.

3. La acción declarativa de la ilicitud del acto o práctica. El Consejo General del Poder Judicial ha destacado que el artículo 341-1, número 1, a) vuelve a configurar esa acción en los términos en que estaba en la Ley de Competencia Desleal antes de la reforma parcial que de ese texto legal hizo la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, exigiendo que tal acción podrá ejercerse frente a un acto o práctica "si la perturbación creada por su realización subsiste".

Estándose ante una acción declarativa respecto de la ilicitud de cierto acto o práctica, no es extraño exigir que, al menos, sus efectos persistan, de modo que la previsión de tal requisito forma parte de las opciones que están abiertas a la política legislativa

No obstante, y dado que la referida Ley de 2009 suprimió tal requisito, llama la atención que ni la memoria de análisis de su impacto normativo ni la exposición de motivos del Anteproyecto den cuenta de las razones que han llevado a reintroducirlo. En consecuencia, estima este Consejo que conviene explicitar y, en su caso, revisar los fundamentos de esa opción y los términos que llevan a proponer una rectificación de una opción legislativa tomada bastante recientemente.

4. La acción de cesación y de prohibición. Ese mismo Consejo General también ha postulado que el artículo 341-1, número 1, b), del proyectado Código mantenga los actuales términos de la Ley de Competencia Desleal y no utilice los que tenía antes de la mencionada reforma de 2009. A esta observación cabe avanzar la misma valoración que se ha hecho a propósito de la anterior.

5. La represión de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia. El Capítulo II del Título IV del Libro Tercero del nuevo Código se ocupa de declarar que ciertos actos de competencia desleal referidos a las relaciones de los afectados con los consumidores y las prácticas restrictivas de la competencia tendrán la consideración de infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios y de la legislación de defensa de la competencia, respectivamente.

Se trata de previsiones que nada añaden a las correspondientes previsiones de índole sancionadora de las legislaciones a las que se remiten, por lo que este Consejo las considera innecesarias y contraindicadas en un cuerpo normativo de la índole del que ahora se dictamina.

C) Título V: Los códigos de conducta.

Dentro de su Libro Tercero, y a continuación de los Títulos que dedica a los principios generales en materia de competencia, competencia desleal, defensa de la competencia y acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas, el Anteproyecto incluye un Título IV, referido a los códigos de conducta elaborados por corporaciones, asociaciones y organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios y que respetarán la normativa de defensa de la competencia (artículo 350-1 del Anteproyecto).

Ni la exposición de motivos ni la memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto contienen reflexiones sobre esa regulación, que procede de la reforma

parcial que la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, efectuó de la Ley de Competencia Desleal para recoger diversas normas del Derecho de la Unión Europea, centradas en la protección de consumidores y usuarios y, en concreto, en la objetivación de la conducta que debían esperar y en los cauces para reaccionar frente a conductas impropias. En consecuencia, el proyectado Código Mercantil recoge, en este punto, previsiones que forman parte de la vigente Ley de Competencia Desleal.

A lo largo de la tramitación del Anteproyecto, la cuestión mereció la atención de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, algunas de cuyas observaciones, dirigidas a mantener en el nuevo Código los términos de la vigente Ley de Competencia Desleal, han sido recogidas por el texto remitido a dictamen de este Consejo. Otras de ellas, que trataban de ampliar el juego práctico de los códigos de conducta y de encomendar a las Administraciones Públicas actuaciones de fomento de su utilización, no han sido incorporadas al texto del nuevo Código Mercantil. Se trata de una opción válida de política legislativa y que, al menos en lo que concierne a las actuaciones de las Administraciones Públicas, parece corresponderse con el hecho de que tal cuestión escapa al ámbito estricto de la legislación mercantil y, por tanto, del proyectado nuevo Código.

D) Título VI: La propiedad industrial

En la cuarta consideración de la presente consulta hubo ya ocasión de destacar la diversidad de criterios que el Anteproyecto ha aplicado a la hora de definir los contornos que propugna para la codificación mercantil, de la que es buen ejemplo el concreto criterio que ha tenido en cuenta en relación con la regulación de la propiedad industrial.

Sin que corresponda efectuar ahora una exposición detallada de la cuestión, sí conviene recordar que nuestra legislación mercantil ha venido canalizando esa regulación a través de textos legales diferenciados, que abordan las diversas manifestaciones de la propiedad industrial.

Este Consejo ha conocido de una multiplicidad de consultas referidas a esa especial regulación de las diversas manifestaciones y modalidades de la propiedad industrial. Tales consultas han puesto elocuentemente de manifiesto el dinamismo y complejidad de la regulación de tal propiedad y los cambios verdaderamente sustanciales que se vienen produciendo en ella. Un ejemplo paradigmático de todo ello es la muy reciente intervención de este Consejo de Estado en relación con un anteproyecto de nueva Ley de Patentes (dictamen del Pleno de este Cuerpo Consultivo, del pasado 16 de octubre, referido al expediente número 762/2014), en el que hubo ocasión de examinar los profundos cambios que deben introducirse en la disciplina de esa concreta modalidad de propiedad industrial como consecuencia del tránsito que los países desarrollados han hecho desde ser economías industriales a convertirse, predominantemente, en economías de servicios y, yendo mucho más lejos en cambios de ese tipo, a la vista de su creciente caracterización como economías del conocimiento.

La exposición de motivos y la memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto se hacen eco de ese estado de cosas y ponen de manifiesto los factores que la explican, entre los que se invoca el entramado de normas aplicables, muchas de ellas de procedencia internacional, la especialización sectorial y las competencias atribuidas a diversos Ministerios.

Yendo más lejos, los documentos explicativos de la proyectada nueva legislación consideran aconsejable mantener esa pluralidad de leyes especiales referidas a las distintas modalidades y manifestaciones de la propiedad industrial, si bien propugnan incluir en el nuevo Código unos preceptos generales comunes a todas esas modalidades, de modo que la legislación mercantil contaría con unos principios comunes en materia de propiedad industrial. Entre ellos, se enfatiza la importancia del principio de unidad de registro e indivisibilidad de los derechos exclusivos; las limitaciones al ejercicio de los derechos de propiedad industrial y la responsabilidad solidaria del titular de la tecnología objeto de propiedad industrial y del fabricante de los productos a los que esa tecnología se aplica respecto de los daños causados por defectos de la tecnología en cuestión.

Por último, debe también destacarse que esos principios generales comunes en materia de propiedad industrial contienen múltiples remisiones a las legislaciones específicas y a los instrumentos internacionales aplicables.

En tales condiciones, este Consejo entiende que la utilidad y conveniencia de esa suerte de parte general en materia de propiedad industrial debe valorarse teniendo en cuenta una doble circunstancia:

- De un lado, que ese sector seguirá estando abierto a novedades de muy distinta procedencia, entre las que destaca una abundante regulación de origen internacional. Por ello, es previsible que el régimen de la propiedad industrial siga estando abierto a frecuentes novedades y perfeccionamientos normativos que se centrarán en las leyes especiales que abordan sus distintas manifestaciones y modalidades. De ello resultará que la atención preferente estará centrada en esas legislaciones especializadas y no en la nueva parte general del régimen de propiedad industrial. Adicionalmente, esa parte general se verá sometida a la tensión de mantener la coherencia con legislaciones sectoriales que es muy posible que no siempre respondan exactamente a unos mismos principios y que pueden poner en cuestión la voluntad de dotar a nuestro ordenamiento jurídico- mercantil de unos preceptos generales aplicables en materia de propiedad industrial.

- De otro, que es muy dudoso que sea viable insertar únicamente en esa nueva parte general en materia de propiedad industrial previsiones tan relevantes como la aludida responsabilidad solidaria del titular de una tecnología protegida y del fabricante de los productos que hagan uso de la misma. En tal sentido, es muy probable que una novedad de tal calado requiera ser concretada y especificada en las leyes especiales que rigen en esa materia. De ser así, la introducción de una proclamación de índole general en materia de responsabilidad solidaria entre agentes económicos pudiera tener efectos perversos.

En atención a esas reflexiones, y abundando en las reflexiones de alcance general que se efectuaron en la cuarta consideración de la presente consulta, el Consejo de Estado estima que no es clara la utilidad que brindarán esos preceptos generales en materia de propiedad industrial y que, por el contrario, pueden introducir distorsiones y proyectar unas relaciones innecesariamente complejas entre la legislación mercantil de carácter general y la regulación específica de la propiedad industrial. Por todo ello, este Consejo recomienda reconsiderar esa parte del Libro Tercero del proyectado nuevo Código Mercantil.

Novena. Libro Cuarto: Las obligaciones y los contratos mercantiles en general

A) Consideraciones generales

En el Código Mercantil proyectado, la regulación de las obligaciones y contratos se distribuye en dos libros. De este modo, el Libro Cuarto incluye el régimen general aplicable a las obligaciones y contratos mercantiles, mientras que el Libro Quinto se ocupa de los contratos mercantiles en particular.

En alguno de los informes incorporados al expediente se ha apuntado que la inclusión de la teoría general del contrato en el Código Mercantil -tal y como queda expuesta en el Libro IV del Anteproyecto- podría afectar al régimen constitucional de competencias, que expresamente incluye en la legislación civil (artículo 149.1.8ª) y no en la mercantil (artículo 149.1.6ª) las bases de las obligaciones contractuales como competencia exclusiva del Estado.

No comparte tal parecer el Consejo de Estado siempre que, en efecto, se trate de normas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles, lo que exigirá precisar algunos extremos. El artículo 149.1.6ª reserva al Estado la competencia exclusiva sobre "legislación mercantil", expresión que, sin duda, incluye la regulación legal de los contratos mercantiles, tanto la general como la de los diversos contratos en particular. Carecería de sentido que el Estado pudiera regular los contratos mercantiles en

particular y no pudiera establecer una regulación general y común a esa categoría de contratos -los mercantiles-.

La razón de que el artículo 149.1.8ª haga expresa referencia a las "bases de las obligaciones contractuales" radica en que la competencia exclusiva que allí se reserva al Estado sobre la legislación civil encuentra, en el mismo precepto, determinadas salvedades ("...sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan"), lo que llevó al constituyente a mantener en la esfera estatal -por vía de excepción a la salvedad- la regulación de aquellas materias que, en todo caso, debían tener una regulación común en todo el ámbito nacional; y entre ellas se incluyó, en efecto, la relativa a las bases de las obligaciones contractuales.

Por tanto, además de la competencia exclusiva reservada al Estado en materia de legislación civil que, aunque con ciertas salvedades, incluye en todo caso las bases de las obligaciones contractuales (149.1.8ª), la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (149.1.6ª). De acuerdo con ello, corresponde al Estado la legislación civil, incluidas, en todo caso, las bases de las obligaciones contractuales; pero, junto a ello, tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, lo que le habilita para regular no sólo lo que el vigente Código de Comercio llama "los contratos especiales de comercio" (Libro II, artículos 116 y siguientes), sino también lo que el mismo texto legal denomina las "disposiciones generales sobre los contratos de comercio" (Título IV del Libro I, artículos 50 y siguientes). En suma, entiende el Consejo de Estado que, en línea de principio, el Estado tiene competencia para establecer en el Código Mercantil las disposiciones generales aplicables a las obligaciones y contratos mercantiles.

Ahora bien, la afirmación de esa competencia exige tener en cuenta una doble limitación: de un lado, debe mantenerse en el ámbito mercantil sin incorporar normas de naturaleza jurídico-pública que pudieran invadir competencias autonómicas sobre otras materias (además de por la esencia -mercantil- del Código); de otro lado, ha de tratarse de normas cuya aplicación se ciña al ámbito estrictamente mercantil, sin que puedan configurarse como una regulación general de las obligaciones y contratos con vocación de aplicabilidad general, extramuros del Derecho mercantil.

Por lo que hace a la primera cuestión (el ámbito privado de la contratación mercantil), y al margen de las observaciones concretas que hayan de hacerse respecto de determinadas previsiones del Anteproyecto, ha de recordarse que el Tribunal Constitucional ha distinguido entre, de un lado, el ámbito de la regulación administrativa de la actividad comercial, es decir, la disciplina de la proyección y alcance jurídico-público de determinadas ventas (sentencia 124/2003, f.j. 7), y, de otro, el propio del régimen de derechos y obligaciones específico de las relaciones contractuales privadas; y ha afirmado que, si en el ámbito jurídico-público señalado se proyectan con normalidad las competencias autonómicas, en el jurídico-privado lo hacen las competencias del Estado ex artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución (sentencia 124/2003, f.j. 7); ámbitos a los que se añade un tercer plano que afecta a la defensa de la competencia, es decir, a los aspectos atinentes al "régimen de la competencia de los ofertantes" (sentencia 157/2004, f.j. 9), que corresponde disciplinar también al Estado ex artículo 149.1.13 de la Constitución (sentencia 31/2010, f.j. 68).

En esta misma línea, el propio Tribunal Constitucional ha sostenido que si bien la competencia del Estado en materia de legislación mercantil y obligacional (artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución) incluye los ámbitos relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, a la creación y régimen jurídico de los establecimientos mercantiles, a la regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales, o la responsabilidad por los daños derivados de la adquisición o utilización por los consumidores de bienes, medios o servicios, "ello no impide que las normas autonómicas puedan disciplinar determinados tipos de ventas, y en concreto la venta no sedentaria, con base en su competencia en materia de comercio interior, siempre que dicha regulación autonómica se ciña al espacio de las relaciones jurídico- públicas" (sentencia 124/2003, f.j. 7). Por eso, si la motivación y finalidad de

una norma no se dirige a establecer una regla sobre la contratación inter privados, sino a disciplinar una modalidad de venta en sus aspectos netamente públicos, no podrá entenderse encuadrada en el ámbito competencial reservado al Estado ex artículo 149.1.6ª y 8ª por lo que deberá considerarse inconstitucional (sentencia 124/2003; o, más recientemente, sentencia 143/2012, f.j. 3).

Y, en relación con la segunda limitación (el ámbito estrictamente mercantil de la contratación), el Anteproyecto refleja un Derecho mercantil que traspasa sus fronteras y se proyecta sobre ámbitos que le son ajenos.

En la quinta consideración de la presente consulta, hubo ya ocasión de destacar que el recurso a la figura del operador del mercado y la atención a su sola presencia como criterio calificador de la naturaleza mercantil de los contratos en los que sea parte conllevaban una desmedida e injustificada extensión del ámbito del Derecho Mercantil, convirtiendo en mercantiles contratos que nada tienen que ver con el ámbito típico y característico de la contratación mercantil.

Todavía en relación con esta cuestión -la aparente invasión del ámbito civil por la regulación proyectada- aunque en relación con otro aspecto, algunos informes incorporados al expediente han advertido sobre la exigencia de que no se ubique en el Código Mercantil la parte general de obligaciones y contratos común al Derecho privado, tanto civil como mercantil.

En la misma línea, las observaciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo afirman la "difícil justificación actual de superponer una teoría general del contrato a la del Código Civil"; y en este mismo sentido se manifiestan diversos informes, con alusiones a distintas regulaciones europeas de derecho privado codificado (como las de Alemania, Italia, Francia u Holanda) en que la parte general del Derecho de los contratos se reside en los códigos civiles (o, en otros casos, en códigos "comunes" de obligaciones y contratos), mientras que los códigos de comercio recogen la regulación específica de los contratos mercantiles. También se ha invocado, en la misma línea, el tratamiento de la cuestión que ha hecho la Comisión General de Codificación en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, PMCC), si bien aquella propuesta no ha llegado a cristalizar en un texto legal dotado de vigencia.

El Consejo de Estado comparte este parecer, por lo que quiere insistir en la necesidad de mantener una regulación general común de la contratación privada -lo más amplia posible- en el Código Civil, de forma que el Código Mercantil se limite a precisar aquellas reglas concretas en que el tratamiento mercantil haya de ser necesariamente diferente y, en su caso, con una remisión a las bases de las obligaciones contractuales del Código Civil (adviértase que sólo las bases de las obligaciones contractuales serán necesariamente uniformes, mientras que pueden existir divergencias autonómicas fuera de esas bases, lo que obligaría a una especial atención en las remisiones que al Derecho Civil se hicieran desde el Código Mercantil). En definitiva, el Derecho privado común en materia de obligaciones y contratos debe ubicarse en el Código Civil, mientras que el Código Mercantil debe recoger sólo las reglas especiales que se considere pertinente mantener para el ámbito mercantil.

En apoyo de esta opción cabe invocar, además de razones conceptuales -vinculadas al concepto mismo de Derecho Mercantil-, una simplificación normativa y un cuerpo más uniforme de jurisprudencia en la materia -con las ventajas que ello tiene en términos de seguridad jurídica-, así como una mejor coordinación con los textos europeos orientados a armonizar el derecho privado de la contratación. De este modo, sería más fácil evitar las lagunas, redundancias y discordancias sobre las que se ha llamado la atención en alguno de los informes incorporados al expediente.

En efecto, entiende el Consejo de Estado que muchas de las normas del Libro IV deben ser comunes a la contratación privada, tanto civil como mercantil, por tratarse de soluciones lógicas o acordes con la tradición, los usos o la jurisprudencia, sin que se aprecien razones específicamente vinculadas al tráfico mercantil que aconsejen separarse de las soluciones previstas en el ámbito civil o propias de él. Debe notarse

que el hecho de que se incluyan en el Código Mercantil unas normas generales distintas de las recogidas en el Código Civil, o de que se recojan en aquél y no en este, no implica que deban aplicarse fuera del ámbito mercantil y puede determinar diferencias interpretativas que supondrían un efecto perturbador -incluso perverso- y no pretendido. Así, si las normas novedosas del proyectado Libro IV se considerasen aplicables a las relaciones civiles, se produciría una indebida aplicación del Código Mercantil al ámbito civil (produciéndose una especie de colonización del Derecho Civil por el Mercantil); pero si se consideran no aplicables (destacando la diferencia entre uno y otro código y a partir de ella), puede resultar perjudicada la natural evolución del Derecho Civil y su tendencia a converger con otros ordenamientos europeos.

A título de ejemplo, piénsese en la nueva regulación de la tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, o en las normas reguladoras de los deberes en la fase preparatoria del contrato (artículos 412-1, sobre el deber de confidencialidad, y 412-2, sobre la culpa in contrahendo), cuyo origen puede encontrarse en los "Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando" (en adelante, PDEC) y, más concretamente, en sus artículos 2:301 y 2:302; más allá de las dudas que puedan suscitarse en torno a la regulación que de unas u otras cuestiones se introduce en el Anteproyecto, la regulación que finalmente se adopte debería ser común para la contratación privada, civil y mercantil y, por tanto, introducirse en el Código Civil (o, en su caso, en un Código unitario de obligaciones y contratos). Los ejemplos podrían multiplicarse. Así, el hecho de que muchas de las soluciones adoptadas en el Anteproyecto estén inspiradas en la PMCC o en los PDEC revela que no se trata de normas especiales, con soluciones específicas vinculadas al tráfico mercantil, sino de disposiciones con vocación de incorporarse al derecho común y que deberían plasmarse en el Código Civil.

En suma, la cuestión competencial apuntada en relación con el diseño de recoger una regulación general y común en el doble sentido apuntado (común a todos los contratos mercantiles y a todo en el ámbito nacional), unida a la frustración de las iniciativas orientadas a una actualización de la regulación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, puede explicar que, en la elaboración de este concreto Anteproyecto, se haya considerado oportuno incorporar al Libro Cuarto un conjunto de normas que, en otro caso, podrían extenderse tanto al ámbito civil como al mercantil (y, por tanto, no se configurarían como específicas del ámbito mercantil).

Sin embargo, entiende el Consejo de Estado que una correcta técnica normativa y, sobre todo, una adecuada planificación del ejercicio de la iniciativa legislativa que al Gobierno corresponde debe ubicar en el lugar que le es propio -el Código Civil- el conjunto de normas generales que, en materia de obligaciones y contratos, se consideren comunes a los ámbitos civil y mercantil; y limitar al Código Mercantil aquellas disposiciones que deban recoger soluciones diferentes o previsiones específicas para el ámbito mercantil.

Como se ha indicado, esta solución viene impuesta no sólo por razones conceptuales y para evitar lagunas, redundancias y discordancias entre los códigos de derecho privado, sino con el objetivo de incrementar la seguridad jurídica, por razones de simplificación normativa y jurisprudencial, y para permitir una mejor coordinación con los textos europeos orientados a armonizar el derecho privado de la contratación.

Sentadas las anteriores reflexiones de índole general, y teniéndolas siempre presentes, se pasa a examinar, a continuación, la concreta regulación proyectada.

B) Título I: Disposiciones generales

1. Capítulo I: Carácter de las normas. El Capítulo I está integrado por un único artículo, el 411-1, referido al carácter dispositivo de las normas. En él se dispone:

"Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes"

No parece cuestionable este principio dispositivo, presente tanto en la contratación civil como en la mercantil; sin embargo, puede advertirse que muchas de las normas que después se extienden a lo largo de los Libros IV y V recogen la salvedad del pacto en contrario (p.ej., 415-1, 417-5, 440-1, 450-2, 450-6, 511-6...), pero rara vez afirman expresamente la salvedad contraria (esto es, el carácter imperativo o no dispositivo de la norma); y, en la mayoría de los casos, guardan silencio al respecto. Ello determina que, en ocasiones, sea dudoso el carácter imperativo o dispositivo de disposiciones concretas, especialmente si utilizan una redacción poco terminante sobre su índole imperativa o no, lo que aconseja extremar el celo para dejar claro ese carácter imperativo cuando así quiera establecerse, bien afirmándolo expresamente, bien por los términos utilizados. Nótese, en todo caso, que según la redacción proyectada en el artículo 411-1 sólo cede el carácter dispositivo cuando se establezca "expresamente" otra cosa, lo que ciertamente ocurre en muy contadas ocasiones (como en el artículo 542-3, en relación con el contrato de agencia, y en el artículo 581-2, en relación con el contrato de seguro), por lo que, si se quiere mantener el carácter imperativo de determinadas disposiciones en los que no se afirma "expresamente" ese carácter -aun cuando pueda deducirse de su tenor-, habría que matizar lo dispuesto en el artículo 411-1.

A lo largo de las observaciones formuladas en relación con el Libro VI ("De los contratos mercantiles en particular") se irán viendo ejemplos concretos en los que se plantea el problema que aquí queda apuntado.

2. Capítulo II: Deberes en la fase preparatoria del contrato. El Capítulo II regula los deberes en la fase preparatoria del contrato, en unos términos cuyo origen es fácil encontrar en el PDCE (en concreto, artículos 2:301 y 2:302, sobre responsabilidad en las negociaciones). No puede aquí sino recordarse lo que ya se ha indicado acerca de lo que debería ser su correcta ubicación en el Código Civil. En todo caso, se trata de una observación de carácter general, sobre la que no se insistirá ya en cada uno de los capítulos siguientes.

3. Capítulo III: Perfección y modificación del contrato. El Capítulo III del Título I regula la perfección y la modificación del contrato, cuestiones que se regulan en secciones separadas.

La Sección 1ª está integrada por los artículos 413-1 a 413-8. El primero de ellos se refiere al momento de perfección del contrato y su apartado 4 contempla el concreto caso en el que interviene un mediador; alguna de las entidades informantes ha sugerido que este apartado pase al capítulo en el que se regula la mediación (artículo 544-1 y siguientes); a juicio del Consejo de Estado, más que un cambio de ubicación -cuestionable a la vista del contenido de aquel otro capítulo-, cabría plantear la necesidad misma de esa regla especial del apartado 4, que no parece sino concretar un caso específico de la regla general. En el artículo 413-2 se propone sustituir el término "celebrado" por "perfeccionado" ("...se considera perfeccionado...").

El artículo 413-4 dispone que el envío de catálogos, folletos o instrumentos similares será considerado como simple invitación a hacer ofertas, salvo que el envío se realice a consumidores, en cuyo caso serán aplicables las normas protectoras de éstos; y añade a continuación: "El envío de esos escritos a los inversores quedará sujeto al régimen que rija en el mercado de valores". Entiende el Consejo de Estado que la aplicabilidad de la legislación del mercado de valores no debe venir determinada por la condición de inversor del destinatario de aquellos catálogos o folletos, sino por la concurrencia de los elementos que definen el ámbito de aplicación de dicha legislación (y, singularmente, por el tipo de producto de que se trate - instrumentos financieros-). Por ello, debe cambiarse la redacción del último inciso de este artículo, que podría ser del siguiente o análogo tenor: "Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando proceda, de lo previsto en la legislación reguladora del mercado de valores" (o bien sustituirse por un inciso inicial: "Sin perjuicio de lo previsto en la legislación reguladora del mercado de valores en su propio ámbito, el envío de catálogos...").

El artículo 413-5 se refiere al tiempo de la aceptación y dispone en su primer apartado: "Cuando el oferente y el destinatario de la oferta se hallen en lugares distintos, la aceptación surtirá efecto en el momento en que llegue al oferente"; dados los distintos medios de comunicación hoy existentes y la amplitud semántica de la expresión "lugares distintos", se sugiere la supresión del primer inciso, manteniendo la regla general: "La aceptación surtirá efecto en el momento en que llegue al oferente".

En fin, en el artículo 413-7 conviene modificar el título ("Momento y lugar de envío y llegada..."), puesto que su apartado 3 no se refiere al momento sino al lugar en que "se entenderá producido" el envío de las declaraciones de voluntad -y en que se tendrán por recibidas-; y, dada la relevancia que puede tener el concreto lugar en que se haya producido la emisión, cabe plantearse si la norma prevista en este apartado admite pacto en contrario o si, por el contrario, pretende configurarse como una presunción iuris tantum o, incluso, iuris et de iure. Una redacción más terminante ayudaría a resolver estas dudas. En todo caso, debe coordinarse la redacción de sus incisos inicial y final ("El envío de las declaraciones de voluntad se entenderá producido (...), y por recibida...").

La Sección 2ª regula la modificación del contrato y consta de dos artículos. El primero de ellos se refiere a la modificación de los contratos que consten por escrito y en el expediente se ha criticado la oscuridad de su segundo inciso ("No obstante..."). A juicio del Consejo de Estado, el precepto ganaría en claridad con una leve modificación del orden de los términos empleados, de forma que dijera: "No obstante, no se podrá invocar esa cláusula si el comportamiento de una de las partes hubiera generado en la otra parte una confianza legítima en relación con la modificación o la extinción del contrato".

Cierra la Sección -y el Capítulo- el artículo 413-10, relativo a las "cartas de confirmación". Las cartas de confirmación no se definen en el texto proyectado -lo que ha sido criticado en el expediente-, pero parece que es un concepto distinto de la oferta, la aceptación o la contraoferta; por eso, llama la atención lo previsto en el proyectado artículo 413-10 que permite su utilización para alterar el contrato (siquiera sea una alteración no sustancial y siempre que el destinatario no lo objete sin demora). La regulación pudiera estar inspirada en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, si bien en este último se refiere a "la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta" (que, dice, constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete la discrepancia).

En suma, a juicio del Consejo de Estado, conviene definir las cartas de confirmación a que se refiere este precepto o utilizar otros términos más claros sobre la declaración de voluntad a que se refiere; y, en todo caso, la previsión debería ubicarse en sede de perfección y no de modificación del contrato (bastaría, en realidad, con suprimir las secciones 1ª y 2ª -los epígrafes, no sus artículos- que integran este Capítulo III, y posponer el artículo 413-9, de forma que fuera éste el que cerrara el capítulo).

4. Capítulo IV: La interpretación de los contratos. El Capítulo IV se refiere a la interpretación de los contratos y está integrado por dos artículos. El primero de ellos recoge una norma general -con la razonable regla de que se interpreten conforme a la intención común de las partes-, y el segundo se refiere a los contratos con versiones redactadas en diferentes lenguas (artículo 414-2, cuyo título debería corregirse). Se dice en este último artículo:

"En caso de discrepancia entre las diversas versiones de un contrato que se hubiere redactado en varios idiomas, prevalecerá la versión pactada entre las partes y, en defecto de pacto o si se hubiere pactado que todas las versiones tengan el mismo valor, aquella en la cual el contrato hubiera sido redactado originariamente".

La regla prioritaria es que prevalecerá "la versión pactada entre las partes" (quizás debería decirse "la versión que acuerden las partes" para evitar dudas interpretativas, p.ej. en casos de contratos pactados a tres o más bandas). Ahora bien, la regla

establecida a continuación (prevalencia de la versión en la que el contrato se hubiera redactado originariamente) parece razonable en defecto de pacto -como se prevé-, pero no tanto "si se hubiera pactado que todas las versiones tengan el mismo valor".

A juicio del Consejo de Estado, el legislador no debe imponer su criterio sobre lo libremente pactado por las partes, contraviniendo el principio de autonomía de la voluntad y la regla interpretativa de prevalencia de la intención común de las partes. La redacción proyectada parece presuponer que la redacción originaria refleja mejor la intención común de las partes, pero ello no siempre será así (especialmente cuando una de las partes se aviene a negociar en la lengua de la otra parte). Por tanto, sería preferible que la regla de la prevalencia de la redacción originaria del contrato se mantenga para el caso de ausencia de pacto, pero que no se imponga en contra de un pacto expreso que atribuya a todas ellas el mismo valor; sin perjuicio de que esa redacción originaria pueda servir - junto con otras circunstancias, como las negociaciones previas, etc.- para determinar la intención común de las partes. La propuesta que se hace sería, además, más acorde con lo previsto en el artículo 5:107 de los PDEC (cuya preferencia por la versión original se limita al caso de que ninguna versión revista carácter oficial, y no al caso de que se haya pactado que una pluralidad de versiones tengan tal carácter). Por todo ello, entiende el Consejo de Estado que debe modificarse el proyectado artículo 414-2.

5. Capítulo V: Contenido del contrato. El Capítulo V se refiere al contenido del contrato. Su primer artículo, el 415-1 establece la presunción de solidaridad en las obligaciones mercantiles (salvo pacto en contrario); regla que ha sido cuestionada en alguno de los informes incorporados al expediente, que subraya su oposición al régimen general civil así como que la práctica más frecuente es la mancomunidad. En todo caso, ha de advertirse que en la PMCC (artículo 1122) la regla es la solidaridad de los deudores, aunque en términos más matizados.

Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo 415-1 establece la regla de que todo fiador de una obligación mercantil quedará solidariamente obligado junto al afianzado. Esta regla encontraría mejor acomodo en sede del contrato de fianza, debiendo notarse que, en efecto, se trata de una cuestión regulada -con alguna mayor precisión- en el artículo 578-3 del Anteproyecto. Se propone, por ello, la supresión del apartado 2 del proyectado artículo 415-1.

El artículo 415-2 ("Supuestos de obligaciones mercantiles") contempla la doble posibilidad de que la obligación contractual consista en "proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlo"; y, a continuación, recoge unas reglas interpretativas para determinar en qué medida una obligación implica proporcionar un resultado o solo a poner los medios para conseguirlo, cuando no se hubiera pactado expresamente. Se trata de una regla interpretativa que debe articularse con la norma general establecida en el artículo 414-1 y que probablemente encontraría mejor acomodo en el Capítulo IV precedente ("De la interpretación de los contratos").

Algo parecido puede decirse del apartado 1 del artículo 415- 3, relativo a los casos en que, en un contrato, "no se hubiere fijado el precio establecido ni los medios de determinarlo", en cuyo caso "se entenderá que las partes, a falta de cualquier indicación en contrario, se han referido al precio corriente en el mercado, al tiempo de la perfección del contrato, para tal prestación en circunstancias equiparables del tráfico correspondiente". En distintos informes se ha subrayado la inseguridad jurídica que genera esta previsión; en realidad, la inseguridad jurídica deriva de la omisión en el contrato de un elemento tan relevante como es el precio -y de los medios para determinarlo-, por lo que resulta necesario integrar el contrato -o interpretarlo-, lo que sugiere llevar esta previsión al capítulo precedente.

La situación es distinta en los casos de los apartados 2 y 3, en los que las partes sí han señalado la forma en que ha de fijarse el precio (a cargo de un tercero o atendiendo a determinadas referencias). En estos casos, el Anteproyecto señala cómo habrá de fijarse el precio en caso de que los medios previstos en el contrato resulten

fallidos; por ello, parece que habría de corregirse el apartado 2 de forma que en vez de decir "se entenderá por precio uno que sea razonable" se diga "se señalará un precio que sea razonable".

Por lo demás, no puede negarse que la utilización del concepto de razonabilidad genera, en efecto, una cierta inseguridad jurídica (aunque ésta deriva, en rigor, de la previa situación de imprevisión que se trata de solucionar). Se trata, en todo caso, de una solución (razonable) que se acoge también -ante la falta de mejor solución- en otros textos legales, así como en los PDCE, en los que incluso llega a definirse lo que ha de entenderse por "razonable": "Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera".

6. Capítulo VI: Extinción y excesiva onerosidad de los contratos. El Capítulo VI consta de dos artículos relativos, respectivamente, a la extinción y a la excesiva onerosidad de los contratos. El primero de ellos, artículo 416-1 incluye un apartado 2 cuya redacción es del siguiente tenor:

"2. La extinción no afectará a las disposiciones del contrato relativas a la resolución de disputas, normas de derecho aplicable, confidencialidad, no competencia, o a cualquier otra cláusula que tras la extinción haya de resultar operativa. Tampoco afectará a los derechos y obligaciones de los que cualquiera de las partes sea titular con anterioridad a la extinción".

A juicio del Consejo de Estado, dicha redacción debe revisarse, tanto en su primer como en su segundo inciso. En relación con el primero, es claro que la extinción afectará a las disposiciones del contrato que se mencionan; por ejemplo, afectará a las disposiciones sobre confidencialidad: baste recordar que, según el artículo 440-1, apartado 4, del Anteproyecto, "el deber de confidencialidad continuará tras la terminación del contrato durante un plazo de dos años" (salvo pacto en contrario). Por tanto, al margen de otros muchos efectos que puedan estar pactados, lo normal es que la terminación del contrato sí afecte al deber de confidencialidad, siquiera sea en cuanto determina el inicio del cómputo del plazo correspondiente. En suma, en lugar de decir que la extinción "no afectará" a aquellas disposiciones del contrato, debería decir más bien que "no impedirá que sigan desplegando su eficacia" determinadas cláusulas del contrato.

Más llamativo resulta el segundo inciso, que literalmente dice que la extinción no afectará a los derechos y obligaciones de que las partes sean titulares con anterioridad a la extinción, cuando la regla parece ser la contraria -al menos en cuanto a los derechos y obligaciones que del contrato deriven-. Por ejemplo, es claro que los derechos y obligaciones que derivan de un contrato de suministro, y de los que son titulares las partes antes de su extinción, quedan evidentemente afectados por dicha extinción. En suma, debe suprimirse esta norma o cambiarse su redacción para dejar claro el mandato que pretende incorporar.

En fin, en el apartado 3 del mismo artículo 416-1 es conveniente una redacción más clara que no deje dudas acerca de si el "plazo razonable" a que se refiere es un plazo desde el comienzo de la vigencia del contrato o un plazo de preaviso (por tanto, contado hacia atrás desde la fecha prevista de extinción). También cabe acumular las dos exigencias, de forma que la notificación de la extinción del contrato, en los casos allí previstos, se haga no sólo en un plazo razonable desde el comienzo de su vigencia, sino también con un preaviso razonable.

Por su parte, el artículo 416-2 incluye, bajo el epígrafe "Excesiva onerosidad del contrato" una regulación de la que tradicionalmente se conoce como cláusula "rebus sic stantibus". Algunos informes incorporados al expediente han criticado la regulación proyectada por entender que rebaja el umbral que la doctrina y la jurisprudencia requieren para su aplicación o por considerar que supone un retroceso respecto de la

PMCC y que prescinde de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, dificultando su aplicación y desarrollo. En ese sentido, cabe mencionar las sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 y de 30 de junio de 2014, de las que se ha hecho eco este Consejo de Estado -en el marco de la contratación pública- en un reciente dictamen del pasado día 17 de diciembre (expediente número 660/2014).

A partir de todo ello, el Consejo de Estado considera, de un lado, que resulta conveniente la regulación de esta cuestión (puesto que si la jurisprudencia atribuye efectos a la alteración extraordinaria de las circunstancias, es preferible que esos efectos estén, en lo posible, previstos en la ley); de otro, es claro que la jurisprudencia no vincula al legislador, si bien es razonable que éste tenga en cuenta aquélla, en cuanto supone la aplicación a casos concretos de los principios propios de nuestro ordenamiento; en fin, debe insistirse de nuevo en lo advertido en la observación general hecha al comienzo de este Libro IV, y en la conveniencia de un marco regulatorio común a todo el derecho privado - civil y mercantil- también en este punto.

Sentado lo anterior, y en relación ya con la concreta regulación proyectada, se sugiere en primer término la modificación del epígrafe que encabeza el artículo ("Excesiva onerosidad del contrato") para que se refiera, más bien, al cambio de circunstancias ("De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato", se llama el capítulo que regula la cuestión en el PMCC -artículo 1213-). En su apartado 1, se sugiere que en lugar de reconocer el derecho "a solicitar sin demora la renegociación del contrato" (nótese que la demora en la solicitud perjudicará al propio solicitante), se reconozca el derecho "a solicitar la renegociación sin demora del contrato".

En el párrafo segundo del mismo apartado 1 (siempre en el artículo 416-2), se dice que si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada "en los términos que al efecto señale". Según la redacción proyectada, cualquiera de las partes puede exigir la extinción del contrato en los términos que señale ella misma, lo que resulta objetable. Si se atiende a lo previsto en el artículo 6:111 de los PDCE de la Comisión Landó -en el que el parece inspirarse esta solución-, la extinción habría de fijarse en los términos (y fecha) que considere adecuado "el juez o tribunal". Y si lo que se quiere es reconocer un derecho a las partes que se pueda ejercitar sin necesidad de acudir al juez, la extinción que cualquiera de ellas tiene derecho a exigir debe ser referida a fecha y términos razonables, acordes con el equilibrio de las prestaciones u otra formulación análoga.

7. Capítulo VII: Incumplimiento de los contratos. El Capítulo VII regula el incumplimiento de los contratos a lo largo de cinco artículos. El primero de ellos (417-1) dispone que cuando exista un "riesgo notorio de incumplimiento esencial" del contrato por una de las partes y ésta "no cumpla" ni preste garantía adecuada de su cumplimiento, la otra parte podrá resolver el contrato. Por tanto, además del riesgo notorio de incumplimiento se exige el efectivo incumplimiento, lo que sólo tiene sentido si se trata de distintos incumplimientos: el primero -riesgo- se refiere a un incumplimiento esencial (o definitivo), mientras que el segundo -incumplimiento efectivo- se ha de referir a cualquier incumplimiento (cumplimiento defectuoso, fuera de plazo o, en general, no esencial). Así debería precisarse en el artículo proyectado.

El apartado 2 del siguiente artículo 417-2 se sugiere sustituir la expresión "dar por terminado" por "dar por resuelto" o, más sencillamente, "resolver" el contrato (como dice el artículo 1200 de la PMCC). Por otra parte, el artículo 417-2.3 utiliza la conjunción "mientras" con valor temporal, y no con valor de contraposición de dos acciones simultáneas (propio de la locución conjuntiva "mientras que"), por lo que es recomendable no posponer la conjunción "que"; se propone por tanto modificar la redacción del citado artículo, de forma que diga: "...mientras la subsanación no se haga efectiva...". Análoga observación puede hacerse en relación con el artículo 422-3 ("Mientras que no se produzca la aceptación...").

Los artículos 417-3 y 417-4 parecen responder a un mismo principio, pero a dos casos diferentes, aunque no son claras las diferencias entre uno y otro, por lo que se sugiere una mayor precisión -sobre todo en el primero- para una mejor articulación entre ambos.

En fin, en el artículo 417-5 se sugiere suprimir la expresión "en todo caso" de su último inciso, puesto que la previsión que incorpora no se refiere a todo caso, sino al concreto supuesto de que la suma establecida fuera notoriamente desproporcionada al daño efectivamente sufrido.

8. Capítulo VIII: Morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles. El Capítulo VIII regula la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles y está integrado por dos secciones: la primera de ellas recoge unas "disposiciones generales" mientras que la segunda tiene por objeto la morosidad en operaciones "entre empresarios y operadores del mercado". Señala la memoria de análisis del impacto normativo que el Anteproyecto ha integrado la regulación europea sobre la materia (aunque sin pretender sustituir a la ley que la regula) y que dicha integración se ha efectuado junto con los supuestos no cubiertos por la legislación europea, en los que también resulta necesario regular las consecuencias de la morosidad.

En efecto, parece necesario que el Código Mercantil regule las consecuencias de la morosidad en relación con aquellos contratos que no están cubiertos por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (de cuyo ámbito están excluidos, entre otros, los "pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores": artículo 3.2.a). En cambio, puede resultar perturbador que trate de regular de forma parcial una materia que ya está incorporada a nuestro Derecho en la citada Ley 3/2004 (en la Sección 2ª); más aún si la definición del ámbito de aplicación de la citada Ley 3/2004 no coincide con la de la Sección 2ª de que aquí se trata (a título de ejemplo, las operaciones comerciales entre empresas y la Administración están incluidas en la Ley 3/2004, aunque no siempre lo estarán en el ámbito de la Sección 2ª). En suma, son muchas las dudas que puede suscitar la relación entre este Capítulo VIII y la citada Ley 3/2004, en función de sus distintos ámbitos de aplicación.

Por ello, a juicio del Consejo de Estado, este Capítulo VIII debe limitar su regulación a la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles en aquellos supuestos no cubiertos por la repetida Ley 3/2004, y hacer una remisión en bloque a lo previsto en ella para los demás casos (esto es, para los supuestos que sí entren dentro de su ámbito de aplicación tal y como en ella se define).

Por lo demás, no quiere dejar de advertirse que el artículo 418-6 dispone, en su inciso final: "Será nula la cláusula o la práctica que excluya la indemnización por costes de cobro". No parece que la nulidad pueda predicarse, en rigor, de una "práctica", la cual se desenvuelve en el terreno fáctico, de la eficacia y no de la validez. Sería preferible que se afirmara que será "nula la cláusula e ilegal la práctica...".

C) Título II: Formas especiales de contratación

1. Capítulo I: Contratación electrónica. El Capítulo I se abre con un artículo intitulado "Electronificación", término que no se encuentra en el DRAE y que ha sido criticado en el expediente como anglicismo innecesario (procedente del también cuestionable "electronification"). En realidad, puede considerarse como un neologismo formado por derivación, a partir del sufijo "-ficar" ("hacer, convertir en, producir"), que habría servido para formar el verbo "electronificar" y, a partir de él, el sustantivo "electronificación". Sin embargo, más allá de las dudas que puede suscitar -también por su limitada extensión-, su incorporación al Código proyectado se considera no sólo innecesaria sino también claramente desaconsejable, dada la cuestionable correspondencia semántica entre el término utilizado y el contenido del artículo 421-1 (puesto que este artículo no se refiere a la conversión en electrónico de lo que no lo era, sino de la posibilidad de utilizar medios electrónicos). En suma, entiende el Consejo de Estado que debe utilizarse otra expresión, como "Utilización de medios electrónicos" o, simplemente, "Medios electrónicos".

El artículo 421-2 ("Invitación a hacer ofertas y oferta de contrato") establece que tendrán la consideración de "invitación a hacer oferta" (y no de "oferta de contrato") las propuestas (de celebrar contrato) que se perfilan en sus dos apartados por referencia a sus destinatarios y a los medios empleados (i.e., las efectuadas por medio de comunicación electrónica dirigida a personas indeterminadas o solo accesible por quienes utilicen un sistema de información, así como las propuestas que hagan uso de específicas aplicaciones interactivas destinadas a facilitar la realización de pedidos comerciales). El contenido de este artículo plantea problemas de articulación con la regla general establecida en el artículo 413-3 que hace gravitar la cuestión, además de sobre sus destinatarios, sobre el contenido de la propuesta y no sobre los medios empleados ("La propuesta de celebrar un contrato mercantil, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación"). La asimetría entre ambos preceptos y las consiguientes dudas que se pueden plantear a la vista de su tenor aconseja una mejor articulación entre ambos.

El artículo 421-4 se refiere a la emisión de la comunicación electrónica; su apartado 3 define lo que, a los efectos del código proyectado, debe entenderse por "sistema de información". Se trata de una ubicación inadecuada puesto que ni ese es el único artículo que utiliza dicho concepto (de hecho, ese concepto es utilizado en otros capítulos del código proyectado: p.ej., artículo 430-2), ni el primero que lo hace (lo hace antes el artículo 421-2). Por ello, entiende el Consejo de Estado que tal definición encontraría mejor acomodo en el artículo que abre la regulación de la contratación electrónica (artículo 421-1); lo que está en línea, por lo demás, con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, de cuyo artículo 2 ("Definiciones") parece haber sido tomada aquélla.

En el artículo 421-5 se sugiere precisar que la llegada de una comunicación electrónica a su destinatario se tendrá por efectuada "en el momento en que acceda al sistema de información designado por el destinatario", tal y como con claridad expresa el artículo 15.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Tal vez convendría precisar también que la presunción de su apartado 3 es una presunción iuris tantum (i.e., que admite prueba en contrario).

Resulta aconsejable revisar la redacción del artículo 421-7, puesto que, de acuerdo con la legislación sobre firma electrónica, no toda comunicación electrónica goza de naturaleza de documento electrónico; piénsese, p.ej., en la comunicación verbal a través de un teléfono móvil o comunicaciones a través de determinadas aplicaciones o programas que no quedan archivadas en un soporte electrónico. En suma, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (y, en particular, su artículo 3.5, que al definir lo que se considera documento electrónico exige su archivo en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado). Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que la citada Ley 59/2003 regula la firma electrónica, su eficacia jurídica y la prestación de servicios de certificación, pero expresamente precisa que sus disposiciones "no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten".

2. Capítulo II: Contratación en pública subasta

El Capítulo II regula la contratación en pública subasta y consta de seis artículos. Merece especial consideración su relación con la regulación hasta ahora contenida en los artículos 56 y siguientes de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, de los cuales el texto proyectado sólo deja vigente el primero (puesto que la disposición derogatoria única deja sin vigencia los artículos 57 a 61 de aquella Ley), al que la disposición final tercera del Anteproyecto daría una nueva redacción para incorporar la oportuna remisión al Código Mercantil.

Se opta con ello por suprimir el concepto general de pública subasta de aquella Ley, llevando la regulación general de la subasta pública al Código Mercantil, en un régimen

que se completa con la regulación del contrato de admisión a subasta pública (artículos 534-1 y 534-2), lo que, en principio, parece razonable. No obstante, cabe sugerir que se cambie el nombre de ese contrato de admisión a subasta pública -que evoca más la admisión de licitadores- bien por el de "contrato de subasta", como lo llama el propio artículo 534-2 y la Ley 7/1996 o bien por el de "encargo de subasta", como lo llama también el artículo 57 de la Ley 7/1996.

Ahora bien, ha de notarse que aquella regulación -la de la Ley 7/1996- tenía otros efectos que no deben ser ignorados; así, desde una perspectiva jurídico-pública, el régimen sancionador de la Ley 7/1996 contempla infracciones como la de "omitir en los anuncios de las subastas los requisitos establecidos en la presente Ley", el "retraso en la devolución de las fianzas constituidas por los licitadores no adjudicatarios de las ventas en subasta" o, en general, "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica" (lo que puede ponerse en relación, por ejemplo, con las normas sobre venta -en pública subasta- de imitaciones o de objetos preciosos o artísticos-cuya regulación extiende el artículo 58 -cuya derogación se proyecta- a las ventas que se oferten al público en forma distinta a la subasta). En suma se trata de cuestiones que requieren una seria reconsideración, puesto que algunas previsiones de la Ley pasarían al Código Mercantil, de forma que, al no estar ya en la Ley 7/1996 dejarían de ser sancionables (aparte de otros efectos que aquellas normas pudieran tener al margen de su consideración mercantil).

Asimismo, debe notarse que, con la derogación proyectada pierden vigencia algunas otras normas de marcado carácter jurídico-público que, a juicio del Consejo de Estado, deben mantenerse; p.ej., la derogación del artículo 57 incluye la previsión de su apartado 3, de acuerdo con el cual la empresa subastadora "deberá comprobar, en su caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para la protección del tesoro artístico, histórico y bibliográfico de España", precepto que -lógicamente- no ha pasado al Código Mercantil, pero que ha quedado excluido -por derogación- de la Ley 7/1996. Nótese que el artículo 65 de esta Ley tipifica como infracción muy grave la consistente en "admitir objetos para su venta en subasta sin haber comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación en defensa del patrimonio histórico, artístico y bibliográfico de España". Por tanto, entiende el Consejo de Estado que debe mantenerse la norma que impone la obligación correspondiente así como, en general, aquellas previsiones de la Ley 7/1996 cuyos efectos puedan exceder del estrictamente mercantil que se proyectarán desde el Código (otro ejemplo sería la previsión del artículo 58 en relación con imitaciones y objetos preciosos o artísticos, cuya regulación extiende el artículo 58 a las ventas que se oferten al público en forma distinta a la subasta, lo que desaconseja su derogación sin más).

Además, el hecho de que la Ley 7/1996 sancione el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esa Ley evidencia que no se trata de una regulación puramente jurídico privada, de efectos limitados a las relaciones inter privados, sino de marcado carácter jurídico público, lo que obliga a reconsiderar su incorporación en bloque al Código Mercantil, no sólo por razones de correcta técnica normativa, sino también de carácter competencial, de acuerdo con lo que se expuso en la observación general hecha al inicio del Libro IV y con la jurisprudencia constitucional allí citada.

En suma, a juicio del Consejo de Estado es imprescindible reconsiderar la proyectada regulación de la contratación en pública subasta en un doble sentido; de un lado, para evitar la incorporación al Código Mercantil de normas que tengan carácter jurídico-público y excedan del ámbito de las relaciones inter privados; de otro, para evitar tanto la derogación de las normas de aquella naturaleza que se encuentran hoy incluidas en la Ley 7/1996, como el efecto -con seguridad, no pretendido- de dejar vacías de contenido (en mayor o menor medida) algunas de las normas sancionadoras y no derogadas de aquella Ley.

En cuanto a la concreta regulación proyectada, el Capítulo II del Título II se abre con el artículo 422-1, cuyo apartado 2 dispone que no se regirán por lo dispuesto en ese capítulo "las subastas de valores, ni las subastas judiciales y administrativas, a las que

se aplicará su normativa específica". A juicio del Consejo de Estado, debe quedar también excluida de la aplicabilidad directa de las normas del Código Mercantil la subasta extrajudicial -ante notario- regulada como modo de ejercicio de la acción hipotecaria en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario (aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947). Esta observación ha de ser tenida en cuenta, igualmente, en la disposición final tercera, en relación con la redacción que allí se da al artículo 56 de la repetida Ley 7/1996.

El artículo 422-3 regula la oferta y la aceptación, configurando como oferta de contrato la que cada licitador dirige el subastador con arreglo a las condiciones de la subasta, de forma que la propuesta del subastador queda perfilada como una "invitatio ad offerendum", en línea con lo que ocurre en otros ordenamientos europeos. Cabe notar que la previsión de su apartado 3 determina que mientras no se produzca la aceptación, el subastador puede retirar la invitación a la oferta y el licitador su oferta, y añade que la retractación de un licitador no revive las pujas previas. Parece que en las condiciones de celebración, participación y adjudicación a que se refiere el artículo 422-2 pueden establecerse soluciones distintas, en línea con el principio dispositivo establecido con carácter general en el artículo 411-1; de todos modos, para evitar dudas -y dado que aquí no se trataría en rigor de un pacto en contrario entre las partes- convendría precisarlo en este artículo (como por lo demás se especifica en muchos otros).

El artículo 422-4 se refiere a la garantía y en su apartado 3 se recoge la regla que hasta ahora se encuentra en el artículo 59.3 de la Ley 7/1996, con algunos ajustes para sustituir la referencia al pacto por otra a las condiciones de la subasta y para no limitar la subasta pública al contrato de compraventa. En este último punto, el inciso inicial del 422-4.3 amplía (y corrige) la dicción del citado artículo 59.3, pero debe mantenerse la correspondencia entre los tiempos verbales (donde dice "...no satisficiera el precio o no ejecutara el contrato...").

Por último, se sugiere reconsiderar la previsión del artículo 422-5 ("Documentación"), de acuerdo con la cual los contratos celebrados en pública subasta "deberán formalizarse por escrito y podrán ser suscritos por el subastador como mandatario del licitador", lo que supone una excepción relevante al principio general de libertad de forma y, según se indica en alguno de los informes incorporados al expediente, expulsa del mercado buena parte de las subastas que son habituales en nuestros mercados. La regla parece derivar de lo previsto en el artículo 60 de la Ley 7/1996, pero su inclusión en el Código exige ponerla en conexión con el proyectado artículo 413-8; quizás sería preferible que la celebración del contrato en pública subasta no determine la necesidad de formalizarlo por escrito -sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda exigir su constancia por escrito (de acuerdo con lo previsto en el 413-8.2), sin que la falta de formalización afecte a su validez (según lo previsto en el 413-8.1), y sin perjuicio de que deban cumplirse las formalidades que exija, en función de su concreta tipología, el contrato que sea objeto de celebración en la subasta pública.

3. Capítulo III: Contratación automática. El Capítulo III regula la "contratación automática" en unos términos que han de ser puestos en relación con la regulación contenida hasta ahora en los artículos 49 a 52 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y con las disposiciones derogatoria única (que deroga los artículos 50 a 52 de la Ley 7/1996) y final tercera del Anteproyecto (que da nueva redacción al apartado 1 de su artículo 49).

En primer lugar, debe llamarse la atención sobre la nueva redacción dada al artículo 49, que define la "contratación automática" como "aquella que reúna los requisitos establecidos en Código Mercantil para dicho tipo de contratación". A juicio del Consejo de Estado, lo que debe definirse en el artículo 49 de la Ley 7/996 es la "venta automática", puesto que será el único artículo de un capítulo que lleva precisamente ese epígrafe (y no la "contratación automática" expresión que preside el capítulo correspondiente del Código proyectado); alternativamente, cabría modificar el epígrafe de aquel capítulo, pero ello exigiría otros ajustes en la citada Ley.

Por otra parte, conviene reconsiderar la definición de contratación automática (o, en su caso, de venta automática) que se recoge en el citado artículo 49 -en la redacción proyectada por la disposición final tercera-, en la medida en que configurarla como aquella que reúna los requisitos establecidos en el Código Mercantil para dicho tipo de contratación podría inducir a pensar que, si no se cumplen los requisitos allí establecidos en relación con el deber de información o con la recuperabilidad inmediata del importe, no hay contratación automática (o venta automática); es preferible, por tanto, que aquel artículo 49 se remita a la definida como tal en el Código Mercantil.

En segundo término, ha de hacerse una observación en la misma línea de lo ya indicado en relación con la venta en pública subasta. Algunas de las normas que se derogan tienen marcado carácter jurídico- público (en particular, por los efectos que de su incumplimiento derivan), de forma que su traslado desde la Ley 7/1996 al Código Mercantil puede producir algunos efectos no queridos (al margen de lo ya señalado sobre la improcedencia de incorporar al Código Mercantil normas que no se refieran a las relaciones jurídicas inter privados). En este sentido, conviene recordar que el artículo 64 de la repetida Ley 7/1996 tipifica como infracción (que puede merecer una sanción de hasta 6.000 euros -salvo reincidencia-) "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica", lo que determina la sancionabilidad de conductas relativas a las advertencias obligatorias o a la recuperación del importe (artículos 50 y 51 de aquella Ley) que dejarían de ser sancionables si quedan derogados dichos artículos (al llevarse la regulación del deber de información y de la recuperación del importe a los artículos 423-2 y 423-3 del Anteproyecto). En suma, deben ponderarse adecuadamente las consecuencias que, en cada caso, puede tener el traslado al Código Mercantil -o la derogación pura y simple- de normas que hasta ahora se encuentran en otras leyes, especialmente cuando estas otras leyes no tienen un alcance estrictamente mercantil. Como ya se ha indicado -en particular, en relación con la contratación en pública subasta-, deben extremarse las cautelas para que las derogaciones proyectadas no arrastren la supresión inadvertida de normas que deban mantenerse fuera del Código Mercantil.

En fin, el Consejo de Estado sugiere una reconsideración del régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 423-4, de acuerdo con el cual el propietario del espacio en que esté instalada la máquina de contratación y el titular de la actividad que allí se ejercite responderán solidariamente con el propietario de la máquina y con la persona responsable del suministro de los bienes o servicios ofertados del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato automático. Alguno de los informes incorporados al expediente ha tildado de "insólito" en el derecho y práctica comparados que se vincule solidariamente al arrendador de un local de negocios por las actividades realizadas por el arrendatario empresario, con una responsabilidad que no tendría carácter contractual. Su origen puede buscarse en el artículo 52 de la Ley 7/1996, pero este artículo no responsabiliza al propietario del local, sino al titular de la empresa o actividad que en él se desarrolla, por lo que, de un lado, se amplía notablemente el ámbito subjetivo de la responsabilidad allí contemplado, a la vez que se reduce aquí -por lo ya señalado- a la responsabilidad inter privados. Se propone, en suma, una reconsideración profunda de la regulación proyectada, que debe excluir la responsabilidad del propietario del espacio.

D) Título III: Las condiciones generales de la contratación

El Título III del Libro IV se refiere a las condiciones generales de la contratación. En relación con ellas, señala la Exposición de Motivos que la norma proyectada no se ocupa de todos los aspectos de su régimen jurídico (desarrollados en su regulación específica), sino sólo de los más básicos y generales: determinación del concepto, su incorporación al contrato, su eficacia, reglas de interpretación, así como el reconocimiento de las llamadas condiciones generales contradictorias formuladas por el aceptante.

Esta regulación ha sido muy cuestionada a lo largo del expediente, bien por considerar que su regulación debe hacerse en el Código Civil -como se ha hecho en otros Estados de Europa-, bien por tratarse de una cuestión ya regulada en la Ley

7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), bien por entender que debería aprovecharse la ocasión para llevar la regulación de la LCGC al nuevo Código Mercantil.

Ya se ha insistido en la necesidad de una regulación general de las bases de las obligaciones y contratos, común a los ámbitos civil y mercantil, pero conviene mencionar ahora algunos problemas específicos que plantea la regulación proyectada en este concreto ámbito.

El texto proyectado mantiene la vigencia de la LCGC (cuyo origen, no se olvide, está vinculado a la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) y, según dice la Exposición de Motivos, se limita a recoger los aspectos más básicos y generales, que quedarían desarrollados en su regulación específica (i.e., en la LCGC). Parece una opción, en principio, razonable, si bien debe completarse con una remisión expresa a aquella regulación específica y extremarse la cautela para impedir discordancias perturbadoras entre una y otra regulación. Resulta necesario, por tanto, advertir sobre aquellas discrepancias por los efectos nocivos que pudieran tener y recomendar, con carácter general, la mayor adecuación entre la regulación del Código y la de la LCGC (incluso modificando esta última, si se considera necesario), de forma que realmente el Código se limite a recoger principios o reglas generales que encuentren su desarrollo en aquella Ley.

El artículo 430-1 recoge el concepto de las condiciones generales y, aunque más escueto que el del artículo 1.1 de la LCGC, incluye sus elementos esenciales. Mayores dudas plantea el apartado 2 de este mismo artículo, de acuerdo con el cual las condiciones generales dejan de serlo "cuando durante la formación o modificación de un contrato se someten a negociación individualizada o negociación competitiva". Frente a ello, dice el artículo 1.2 de la LCGC que "el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión" (precepto que sigue muy de cerca el tenor del artículo 3.2 de la citada Directiva 93/13/CE, en el que se añade que el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba).

Cada una de esas dos normas (la proyectada y la recogida en la LCGC -y en la Directiva-) apunta en una dirección distinta, aunque, en rigor, no son incompatibles, sino que admiten una interpretación armonizada. Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado debe lograrse una mejor adecuación entre la norma proyectada y la recogida en la LCGC, para evitar problemas interpretativos y en la aplicación de aquel precepto (sin perjuicio de que pueda añadirse alguna precisión -tanto en un cuerpo legal como en el otro- en caso de que se considere pertinente).

El artículo 430-2 se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato, con una regulación distinta a la recogida en el artículo 5 de la LCGC, aunque no parece haber contradicción y sí adecuación entre uno y otro precepto. Ello no excluye que puedan plantearse problemas en casos concretos por el distinto tenor de ambos preceptos, que se reducirían en la medida en que aumente la correspondencia entre uno y otro texto. Por lo demás, la accesibilidad al contenido de las condiciones generales no debería limitarse al momento previo a su incorporación (como dice el apartado 3 del proyectado artículo 430-2) ni al momento de la celebración (como parece apuntar el artículo 5.3 de la LCGC), sino que debería extenderse a todo el tiempo de vigencia del contrato.

El artículo 430-3 dispone, en su apartado 2, que carece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales "cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente". Se trata de una previsión que no se encuentra en la LCGC y que ha sido criticada en distintos informes incorporados al expediente. Más allá de la decisión que se adopte acerca de la incorporación de esta previsión, el Consejo de Estado quiere insistir, nuevamente, en la necesaria adecuación entre lo previsto en el

Código y lo recogido en la LCGC. En este caso, la discordancia determina un mejor trato del adherente en el Código Mercantil que en la LCGC, por lo que si dicha previsión se incluye en el Código, también debería incorporarse a la LCGC (previsión que, aunque no esté recogida en la Directiva 93/13, entraría en el ámbito de lo previsto en su artículo 8, lo que se apunta a los efectos previstos en su artículo 8 bis).

Mayores dudas suscita el proyectado artículo 430-4, relativo a la interpretación, cuyo tenor es el siguiente:

"1. Las condiciones particulares prevalecen sobre las condiciones generales, salvo que estas últimas sean más beneficiosas para el adherente.

2. Las dudas que susciten las condiciones generales se resolverán conforme a las reglas de interpretación establecidas por el presente Código. En su defecto, se resolverán a favor de la parte que aceptó las condiciones".

El apartado 1 recoge, con una redacción más concisa - siempre apreciable- lo previsto en el artículo 6 de la LCGC. Sin embargo, su apartado 2 invierte el orden de las reglas aplicables que recoge el artículo 6 de la LCGC -que, además, se remite al Código Civil y no al Código Mercantil-, cuyo tenor es el siguiente:

"2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos".

Ese artículo 6 es reflejo, además, de lo previsto en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que dispone que, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (si bien precisa que esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos previstos en su artículo 7.2, relativo a las personas y organizaciones legitimadas para la protección de los consumidores). Nuevamente, cabría aducir que no es imposible armonizar la interpretación de la norma proyectada con lo previsto en el citado artículo 6 de la LCGC; sin embargo, las razones ya apuntadas y de seguridad jurídica exigen insistir en la mejor adecuación entre la regulación del Código y la de la LCGC. En suma, a juicio del Consejo de Estado, el artículo 430-3 debe adecuarse a lo previsto en el artículo 6 de la LCGC.

Cierra este capítulo el artículo 430-5, relativo a las condiciones generales contradictorias (la conocida como "guerra de formularios"). Su apartado 2 dispone que si la aceptación contuviera otras condiciones generales -contradictorias con las de la oferta, debe entenderse- son éstas las que pasarán a formar parte del contrato "a menos que el oferente, sin demora o con demora justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido"; y añade que, de no hacerlo así, "los términos del contrato serán los de la oferta con las condiciones generales contenidas en la aceptación". Algunos informes han cuestionado esta norma por razones tales como la dificultad de prueba de la objeción verbal o la consideración de la respuesta como una contraoferta.

A juicio del Consejo de Estado, conviene que esta norma sea coherente con la regla general establecida en el artículo 413-2, relativo a la perfección del contrato por la conducta ("También se considera celebrado el contrato cuando la conducta de las partes demuestre, con suficiente certeza, la existencia del acuerdo"). Para ello, se sugiere que se sustituya la objeción verbal por una objeción manifiesta por cualesquiera medios. También debería aclararse si se mantienen las condiciones generales de la oferta en todo aquello en lo que no resulten contradictorias con las de la aceptación.

En suma, y a la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado considera que la regulación de las condiciones generales de contratación debe permanecer regulada

fuera del Código, sin perjuicio de que en él pueda hacerse una remisión general a lo dispuesto en la LCGC (en línea con lo que se hace en el artículo 642-1 en relación con el conocimiento de embarque), con alguna precisión -si se considera necesario-, y con introducción en esa LCGC -vía disposición final- de las modificaciones que se considere pertinente llevar a ese régimen general).

E) Título IV: Cláusulas de confidencialidad y exclusiva

El Título IV regula las cláusulas de confidencialidad y exclusiva en dos artículos. El primero de ellos se centra en la cláusula de confidencialidad y ha de ponerse en conexión con lo previsto en el artículo 412-1, que regula el deber de confidencialidad previo a la existencia de tal cláusula; el segundo se refiere a la cláusula de exclusiva, y no ha sido objetado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que se ha limitado a apuntar la conveniencia de precisar de una manera más explícita las implicaciones en materia de defensa de la competencia, en la medida en que pueden tener efectos importantes tanto en materia de concentraciones como de conductas; y añade que este tipo de cláusulas se han de sujetar a determinadas limitaciones desde el punto de vista objetivo, territorial y temporal.

Más allá de ello, se sugiere una reconsideración sobre la ubicación sistemática de estos dos artículos que, a juicio del Consejo de Estado, no requieren que se les dedique un título específico, cuya extensión (dos artículos), contrasta con la de otros títulos del mismo Libro IV (algunos de ellos, integrados por diversos capítulos). A juicio del Consejo de Estado, estos dos artículos -relativos a concretas cláusulas que pueden integrarse en el contenido del contrato- tendrían adecuada cabida en el Capítulo V ("Del contenido del contrato") del Título I.

F) Título V: Cesión de créditos mercantiles

Cierra el Libro IV un Título V dedicado a la cesión de créditos mercantiles, integrado por nueve artículos, cuya redacción merece algunas precisiones. El primero de ellos (450-1) define su ámbito de aplicación, en unos términos que podrían mejorarse; así, en su segundo apartado, se sugiere una redacción más próxima a la siguiente: "Las normas de este título serán de aplicación subsidiaria a las transmisiones mercantiles sometidas a un régimen especial". Por su parte, el artículo 450-2 debería hacer referencia en su título, no sólo a la amplitud, sino también al momento de la cesión. El artículo 450-3 no debería hacer referencia en su título a la "afección" ("afecto", "afición, inclinación, apego") sino a la "afectación" ("acción de afectar"); y el artículo 450-4 no debe mencionar "las obligaciones propias del derecho de prenda" (que, naturalmente, no es sujeto de obligaciones), sino "las obligaciones propias del acreedor pignoraticio".

Por último, cabe hacer alguna reflexión en torno a las objeciones que se han formulado al apartado 2 del artículo 450-5, que aborda la cuestión relativa a la responsabilidad del cedente de un crédito respecto de la solvencia del deudor, cuestión de la que, en el ámbito de la legislación civil, se ocupa el artículo 1529 del Código Civil.

Dispone ese artículo 450-5, número 2, que "el cedente no responderá de la solvencia del deudor a menos que su insolvencia sea notoria y anterior a la transmisión o se haya pactado otra cosa". Por tanto, frente al criterio del Código Civil de exigir que la insolvencia del deudor sea "pública", el proyectado nuevo Código Mercantil se inclina por la nota de la notoriedad. Se ha sugerido, en beneficio de la seguridad jurídica, concretar esa notoriedad (y referirla a hechos objetivos, como la declaración de concurso), exigir sólo que sea anterior -y, acaso, conocida por el cedente-, o bien suprimir de raíz esta responsabilidad del cedente por la insolvencia del deudor. El Consejo de Estado comparte las dudas que pueden derivar del concepto de notoriedad utilizado y sugiere una reconsideración del texto; como sugerencia, podría sustituirse la referencia a la notoriedad por el conocimiento del cedente. Ese cambio permitiría incluir supuestos de conocimiento de la insolvencia del cedente aunque no sea notoria, y reconduciría otros supuestos de notoriedad al terreno de la prueba del conocimiento, que es campo preferible al de notoriedad, dados los difusos perfiles semánticos de este último, especialmente en una sociedad de información como la actual, en que la

abundancia de la información sirve tanto para hacer notorios algunos hechos que en otro caso no lo serían, como para ocultar otros que, sin ella, podrían serlo.

Décima. Libro Quinto: los contratos mercantiles en particular

A) Título I: Los contratos de intercambio de bienes

El Título inicial del Libro Quinto del proyectado nuevo Código Mercantil recoge una amplia regulación de diversas modalidades de contratos de intercambio de bienes, cuyo contenido ha de examinarse abordando por separado cada una de esas figuras contractuales.

1. Capítulo I: La compraventa mercantil en general. El Libro V del Anteproyecto, dedicado a los contratos mercantiles en particular, se abre con una nueva y amplia regulación de la compraventa mercantil. Se trata de una de las modalidades señeras del tráfico mercantil, vinculada como está con la propia caracterización tradicional del Derecho Mercantil como el Derecho de los comerciantes y la disciplina de los actos de comercio, de los que la compraventa es, con toda probabilidad, su ejemplo más claro.

Ello explica la detenida consideración que el proyectado Código Mercantil dedica a la compraventa y las novedades que incorpora al respecto, pasándose, a continuación, a examinar las más relevantes.

a) Observaciones de carácter general. El artículo 511-1 define la mercantilidad de la compraventa, pero no ofrece una noción propia de este contrato mercantil. Debe entenderse, por tanto, que el concepto de compraventa es único y viene dado por el artículo 1445 del Código Civil: "Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente".

Por lo demás, las reglas del nuevo Código Mercantil, de carácter dispositivo (artículo 411-1), habrán de seguir completándose en algunos aspectos con las previsiones del Código Civil (de aplicación subsidiaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 001-4.2) y, en todo caso, se aplicarán sin perjuicio de la legislación especial que pueda proceder, empezando, como después se verá, por la legislación de protección de los consumidores.

Pese a ello, y sin perjuicio de las observaciones que más adelante se formularán en relación con el ámbito propio de esta figura mercantil, la relevancia de la compraventa como instrumento esencial para el desarrollo de la actividad comercial y como prototipo de contrato de intercambio de bienes en el tráfico mercantil hace indispensable el mantenimiento de un régimen jurídico especial, con reglas propias adaptadas a las nuevas características de la vida económica. Desde esta estricta perspectiva, y dada la obsolescencia de que adolecen, en muchos aspectos, los artículos 325 y siguientes del vigente Código de Comercio, la regulación anteproyectada no puede merecer sino una valoración positiva.

A juicio del Consejo de Estado, la anterior conclusión no queda afectada por la existencia de una propuesta de Reglamento europeo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM/2011/0635 final, de 11 de octubre de 2011). El Reglamento objeto de la referida propuesta (cuya tramitación se encuentra ya bastante avanzada: fue discutida por el Consejo el 8 de junio de 2012 y sometida a primera lectura del Parlamento europeo el 26 de febrero de 2014, y la Comisión presentó el pasado 20 de mayo de 2014 su posición en relación con las enmiendas formuladas en esta primera lectura) instituye un régimen común de carácter facultativo u opcional, un "segundo régimen nacional" al que podrán acogerse voluntariamente las partes siempre que el contrato en cuestión entre dentro del ámbito de aplicación personal, material y territorial del futuro Reglamento.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 4 a 7 de la propuesta de Reglamento, la futura normativa común europea podrá aplicarse a los contratos transfronterizos de compraventa, de suministro de contenidos digitales o de prestación de servicios

relacionados con contratos de compraventa o de suministro de contenidos digitales, siempre que el vendedor de los bienes o el suministrador de contenidos digitales sea un empresario. El nuevo régimen contractual constituirá, por tanto, un bloque de reglas contractuales también aplicables, con carácter dispositivo, a las compraventas mercantiles, y que coexistirán con las reglas, también de carácter dispositivo, del futuro Código Mercantil.

La convivencia de estos conjuntos regulatorios de carácter dispositivo, a los que las partes de una compraventa mercantil de carácter transfronterizo podrán acudir alternativamente, no resulta en modo alguno contrario a la finalidad del Reglamento europeo proyectado, tal y como se desprende de su considerando noveno: "El presente Reglamento establece una normativa común de compraventa europea. Armoniza los Derechos contractuales de los Estados miembros no imponiendo modificaciones a las normativas contractuales nacionales vigentes, sino creando dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros un segundo régimen de Derecho contractual para los contratos que entren dentro de su ámbito de aplicación. Este segundo régimen debe ser idéntico en toda la Unión y coexistir con las normas del Derecho contractual nacional en vigor. La normativa común de compraventa europea debe aplicarse a los contratos transfronterizos sobre una base voluntaria, previo acuerdo expreso de las partes."

En todo caso, no hay que olvidar que esta normativa común europea sólo será aplicable a los contratos que merezcan la calificación de transfronterizos; en estos casos, las partes contractuales tendrán la opción de someterse al régimen dispositivo del Código Mercantil, al del Reglamento europeo proyectado, o a cualquier otro que consideren conveniente.

A la vista de lo expuesto, entiende el Consejo de Estado que la tramitación de la referida propuesta de Reglamento europeo no obliga a suprimir, como se ha sugerido en algunos informes, la regulación de la compraventa mercantil en el Anteproyecto de Código Mercantil que aquí se dictamina. Es más, el contenido de esa futura normativa común europea no tiene por qué condicionar el contenido de una regulación nacional mercantil igualmente dispositiva, pues la voluntad del legislador europeo no es en modo alguno armonizar los Derechos contractuales y no tendría sentido efectuar una regulación en el Código Mercantil calcada sobre el modelo del futuro Reglamento europeo, que, como es sabido, tendría en todo caso un efecto directo en el ordenamiento jurídico español, sin necesidad de transposición.

La regulación de la compraventa mercantil en el futuro Código adopta como modelo la Convención de Naciones Unidas sobre la venta internacional de mercaderías elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), acordada en Viena en 1980, y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo (UNIDROIT), lo que no puede sino aplaudirse, y tiene en cuenta las disposiciones de la Directiva 1999/447/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, incorporada al ordenamiento español mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, en todo caso de aplicación preceptiva para los contratos mercantiles en los que intervengan consumidores.

Hechas estas observaciones de carácter general, se pasan a analizar seguidamente los aspectos más relevantes de las concretas previsiones que el Anteproyecto dedica al contrato de compraventa mercantil.

b) El carácter mercantil de la compraventa. Es éste un caso bien relevante de las serias reservas que se avanzaron en la quinta consideración del presente dictamen a propósito de los criterios con que el proyectado nuevo Código Mercantil califica de mercantiles a los actos y contratos.

El artículo 511-1 del Anteproyecto define los criterios de atribución de carácter mercantil a la compraventa en los siguientes términos: "Es mercantil la compraventa realizada en el ejercicio de alguna de las actividades expresadas en el artículo 001-3 de este Código, siempre que, además, estén sujetos al propio Código el comprador o el vendedor".

La remisión al artículo 001-3 resulta, cuando menos, equívoca y perturbadora, pues esta disposición establece el carácter mercantil de los contratos "en que intervenga un operador del mercado sujeto al Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo". El primer párrafo del artículo 511-1 no constituye, por tanto, sino una reiteración de lo establecido en el artículo 001-3, en el que no se encuentra la lista de actividades a que se refiere la remisión. No obstante, a la vista de las explicaciones contenidas en la Exposición de Motivos (apartado VI-28), hay que entender que el artículo 511-1 no pretende sino reemplazar el requisito intencional empleado en el artículo 325 del Código de Comercio ("con ánimo de lucrarse en la reventa") por el criterio subjetivo que acoge la doctrina de los actos mixtos, adoptado con carácter general en el Código, atribuyendo así carácter mercantil a la compraventa realizada en el ejercicio de "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" o de "una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado", siempre que el comprador o el vendedor sean "operadores del mercado" y, como tales, estén sujetos al Código Mercantil.

Como consecuencia del juego combinado de la noción de "operador del mercado" y del valor que se concede a que tal operador sea parte de un contrato para que éste devenga mercantil, se produce una notable ampliación del ámbito de la compraventa mercantil, una opción legislativa altamente cuestionable por sus consecuencias y por la propia técnica normativa empleada.

En relación con esta última, no puede aquí sino reiterarse lo ya observado en las consideraciones iniciales del presente dictamen sobre los inconvenientes de erigir la figura del "operador del mercado" en una categoría supuestamente aprehensible con carácter general y abstracto y su presencia como un elemento calificador de la mercantilidad del correspondiente contrato, que desvía la atención de que el objetivo del nuevo Código Mercantil es recoger la regulación jurídico-privada de las actividades profesionales y organizadas de producción e intercambio de bienes y de prestación de servicios y, más en concreto, de los actos y contratos en que se manifiesta y a través de los que se ejecuta.

En cuanto a las consecuencias concretas de la definición de la mercantilidad de la compraventa que lleva a cabo el Anteproyecto, el juego del criterio subjetivo y de la doctrina de los actos mixtos implicaría la sumisión a las reglas mercantiles de numerosos supuestos tradicionalmente regidos por el Derecho contractual civil y en los que resulta difícil identificar una mercantilidad real: cualquier venta de bienes que un comerciante efectúe a un consumidor, en particular, tendrá esa naturaleza mercantil, con la consiguiente sumisión a un régimen jurídico especial, tradicionalmente concebido para los actos y contratos propios de los comerciantes y para el tráfico jurídico estrictamente mercantil. Se opera así, rompiendo con su tradición doctrinal, una elevadísima mercantilización del Derecho patrimonial privado, con las implicaciones constitucionales que ello puede tener, y con la disminución de garantías que -sin perjuicio de la aplicabilidad de la legislación sobre protección del consumidor, que el párrafo segundo del artículo 511-1 se cuida bien de recordar- acarrearía para el particular. Esta superposición a las reglas mercantiles de las normas de protección del consumidor es, a juicio del Consejo de Estado, en sí misma reveladora de la tensión interna que se provoca al someter compraventas "de consumo" a la normativa propiamente comercial.

En consecuencia, entiende el Consejo de Estado que, pese a lo acertado de la decisión de reemplazar la regulación actualmente contenida en los artículos 325 y 326 del Código de Comercio (preceptos que, como viene señalando la más autorizada

doctrina, incurren en múltiples contradicciones y han generado una elevada litigiosidad con soluciones jurisprudenciales divergentes), la definición del ámbito de la compraventa mercantil que realiza el artículo 511-1 del Anteproyecto debe ser objeto de una profunda reconsideración, en la medida en que implica una desmedida extensión de la legislación mercantil a relaciones contractuales en las que no está justificado aplicar los condicionamientos propios y específicos de las normas mercantiles. c) Lugar de entrega. El artículo 511-3, bajo el título "Lugar de la entrega", dispone que "salvo que el vendedor esté obligado en virtud del contrato a entregar el bien en un lugar determinado, la entrega se efectuará: a) Poniendo el bien a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor. b) Poniendo el bien en poder del primer porteador, si en el contrato se contempla su transporte, sea éste a cargo del vendedor o del comprador". En realidad, el precepto se refiere tanto al lugar de la entrega como a la forma en que ésta puede realizarse, asimilando la puesta a disposición a la entrega real, por lo que convendría reflejar ese doble contenido en la rúbrica del artículo: "Lugar y forma de la entrega".

d) El examen de los bienes vendidos. El artículo 511-11, apartado 1, establece que el comprador "deberá examinar los bienes en el momento en que se pongan efectivamente en su poder o en todo caso dentro de los cinco días siguientes", examen que podrá aplazarse cuando se cumplan las condiciones previstas en los dos apartados siguientes.

Aunque el precepto parece a primera vista referirse a una obligación del comprador en sentido técnico, lo cierto es que esa carga de examinar el bien no aparece en la enumeración de las obligaciones del comprador que realiza el artículo 511-13, y se incardina en la Subsección 1ª de la Sección 2ª, relativa a las obligaciones del vendedor en las compraventas de bienes muebles y de bienes inmateriales.

Dada esta discordancia, resulta importante aclarar la naturaleza de esta disposición, pues no hay que olvidar que el artículo 511- 21 prevé, para el caso de incumplimiento por el comprador de "cualquiera de sus obligaciones", que el vendedor podrá, en virtud de denuncia, exigir al comprador el cumplimiento o resolver el contrato, además de la indemnización de daños y perjuicios que procediere conforme a la legislación civil y mercantil. A la vista de lo anterior, dado el tenor literal del artículo 511-11 y pese a su situación sistemática, cabría concluir que, de no efectuar el comprador el examen de los bienes en el plazo referido en dicho artículo, el vendedor podría exigirle la resolución del contrato, lo que parece una consecuencia desproporcionada frente a un retraso que difícilmente ocasionará consecuencias perjudiciales para el vendedor. A este respecto, hay que tener en cuenta que los plazos para el ejercicio de acciones por parte del comprador en caso de falta de conformidad del bien o de pretensiones de terceros comenzarán en todo caso a contar desde que conociera esa circunstancia "o debiera haberla conocido", pues tal es la forma en que el artículo 511-12 define el día a quo para el cómputo de los plazos con que el comprador cuenta para denunciarla, como se verá a continuación. Esa referencia al momento en que el comprador debiera haber conocido la falta de conformidad del bien o la pretensión del tercero parece hacer referencia, entre otros, al momento en que finaliza el plazo para el examen del bien.

En atención a su carácter desproporcionado, entiende el Consejo de Estado que la omisión o el retraso en el examen de los bienes no debería generar, en el vendedor, el derecho a resolver el contrato. A tal efecto, el Anteproyecto debería aclarar que el artículo 511-11 no establece una "obligación del comprador" en el sentido del artículo 511-21, sino una carga. Las consecuencias de un eventual incumplimiento de la misma las sufrirá el propio comprador, que verá reducidos los plazos, ya de por sí breves, para reclamar frente al vendedor en caso de falta de conformidad del bien o de reclamaciones de terceros.

e) Denuncia de falta de conformidad del bien o de la existencia de derechos o pretensiones de terceros. El artículo 511-12 del Anteproyecto regula un requisito formal necesario para que el comprador pueda ejercer sus derechos o acciones frente al vendedor en caso de falta de conformidad del bien o de descubrimiento de la existencia de derechos o pretensiones por parte de terceros: la comunicación o denuncia de esta

circunstancia al vendedor, que deberá hacerse en un plazo de cinco días, en el primer caso, y de quince días, en el segundo, en ambos supuestos a contar desde que el comprador conozca tal circunstancia o debiera haberla conocido.

Con carácter previo, se percibe un problema terminológico en la redacción de este artículo 511-12 en relación con el artículo 511-20, que se analizará también a continuación, pues ambos emplean de forma alternativa, y aparentemente como sinónimos, los términos de "denuncia" y de "comunicación" (en su forma sustantiva, en el artículo 511-20.3, y en forma verbal, en los apartados 1 y 2 del artículo 511-12), lo que puede generar cierta confusión, dadas las continuas remisiones del artículo 511-20 al 511-12 y el hecho de que ambos preceptos deben necesariamente leerse de forma conjunta. Para evitarlo, sería preferible emplear en todo momento el término "denuncia" o el verbo "denunciar", particularmente teniendo en cuenta la aclaración que, respecto a la forma de tal acto efectúa el segundo párrafo del artículo 511-12.2, de acuerdo con el cual "la denuncia se entenderá efectuada por la sola declaración del comprador dirigida al vendedor, efectuada por cualquier medio que permita dejar constancia fehaciente de su recepción".

Entrando a analizar de forma más detallada la regulación resultante de estos dos preceptos, el artículo 511-20 establece, en su apartado 1, que el comprador pierde el derecho a exigir el cumplimiento o la resolución del contrato si no realiza la denuncia en los plazos establecidos en el artículo 511-12 (cinco o quince días, según los casos), pudiendo exigir no obstante la reducción del precio o la indemnización de daños, excluido el lucro cesante, si aduce una excusa razonable para haber omitido la comunicación requerida.

Por otra parte, los apartados 2 y 3 del mismo artículo 511-20 privan al comprador de todos los derechos que le asisten en caso de falta de conformidad del bien o de existencia de derechos o pretensiones de terceros si la referida denuncia no se efectúa en el plazo de uno o dos años, respectivamente, a contar desde el momento en que los bienes estuvieren efectivamente en su poder (o un momento posterior, en algunos casos referidos en el apartado 4). El transcurso de este plazo de uno o dos años determina, por tanto, la pérdida del derecho del comprador tanto a exigir el cumplimiento del contrato como su resolución, la reducción del precio y la indemnización que en su caso hubiera procedido, pues tales son los cuatro derechos y acciones del comprador en caso de incumplimiento del vendedor, de acuerdo con el artículo 511-16. Tal regulación parece adecuada y proporcionada, pues no puede dejarse permanentemente abierta la posibilidad de reclamar frente al vendedor por las referidas circunstancias.

Ahora bien, si se observa atentamente la redacción del apartado 1 de este artículo 511-20, puede llegarse a la conclusión de que el comprador que, sin excusa razonable, no denuncie la falta de conformidad en un plazo de cinco días (artículo 511-12.1) o la existencia de derechos o pretensiones de terceros en un plazo de quince días (artículo 511-12.2), perdería no sólo el derecho a exigir el cumplimiento o la resolución del contrato (como dice expresamente la primera frase del artículo 511-20.1), sino también el derecho a solicitar una reducción del precio o la indemnización correspondiente, pues la segunda frase del artículo 511-20.1 limita el ejercicio de estos últimos dos derechos a la existencia de tal "excusa razonable", circunstancia que no tendría por qué concurrir en todos los casos. Se asimila así la falta de denuncia en los brevísimos plazos del artículo 511-12, cuando el comprador no pueda alegar una excusa razonable, a la prescripción total por transcurso de uno o dos años, lo que no parece razonable. Por tanto, debe aclararse este extremo en la redacción del artículo 511-20.

A lo anterior se añade que, a juicio del Consejo de Estado, los plazos establecidos en el artículo 511-12 son excesivamente breves a la luz de las graves consecuencias asociadas a su transcurso cuando no se cuente con excusa razonable para la falta de presentación de la denuncia.

El artículo 342 del vigente Código de Comercio establece un plazo de prescripción de treinta días, transcurridos los cuales el comprador que no haya hecho reclamación

alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor. Podría afirmarse que tal prescripción total de acciones y derechos sólo se produce en la nueva regulación con el transcurso de uno o dos años, según los casos, pero, como se ha dicho, la deficiente redacción del artículo 511-20.1 podría llevar a aplicar la misma consecuencia tras apenas diez días (cinco días para examinar el bien y cinco para presentar la denuncia en caso de falta de conformidad: artículos 511-11.1 y 511-12.1) o veinte días (cinco días para examinar el bien y quince para presentar la denuncia en caso de pretensiones de terceros: artículos 511-11.1 y 511-12.2). En consecuencia, de no revisarse, como parece indispensable, la redacción del artículo 511-20, deberían reconsiderarse los plazos del artículo 511-12.

Para finalizar, y en línea con la última observación realizada respecto a la posición sistemática del artículo 511-11, parece también un error la incorporación del artículo 511-12 entre las obligaciones del vendedor (Subsección 1ª). Desde un punto de vista de claridad de la regulación, tendría un mejor encaje precediendo al artículo 511-20.

f) Lugar y tiempo de pago. El artículo 511-14 se refiere al lugar y tiempo de pago de la compraventa, estableciendo que "el precio se pagará en el lugar y en el momento en que el vendedor ponga a disposición el bien o los documentos representativos de aquel, salvo que el comprador esté obligado en virtud del contrato a pagar el precio en un lugar determinado o en un momento distinto".

En primer término, dado el carácter dispositivo de la regulación del Código, sería preferible evitar referirse a la posibilidad de exceptuar estas reglas sobre lugar y momento del pago con la expresión "salvo que el comprador esté obligado", lo que parece sugerir que por contrato sólo pueden pactarse condiciones de pago más onerosas o desfavorables para el comprador, lo que no es cierto. Sería mejor, por tanto, introducir la citada salvedad indicando "salvo que en el contrato se pacte que el pago del precio se efectúe en un lugar o en un momento distintos".

El precepto reproducido debe entenderse, por supuesto, sin perjuicio de lo establecido, para el caso de contratos de compraventa en los que intervengan consumidores, sobre previsiones en materia de pago que puedan merecer la calificación de abusivas a la luz de los artículos 82 y 85.10 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. La remisión expresa a esta regulación no parece, sin embargo, necesaria, pues, por una parte, no se trata, como en el caso del artículo 511-14 aquí comentado, de normas de carácter dispositivo, sino imperativo, y, por otra parte, su necesaria aplicación se recuerda ya en el artículo 511-1, párrafo segundo, y en el artículo 001-3, apartado 2, del propio Anteproyecto.

En los contratos de compraventa entre empresas, en los que no participen consumidores, será de aplicación la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, transposición de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000. En atención a la existencia de esta legislación especial ("específica en razón de la naturaleza de la persona", en atención a la definición de su ámbito de aplicación que efectúa el artículo 3 de la citada Ley), por tanto, y de conformidad con el artículo 001-4.1 del nuevo Código Mercantil, las disposiciones de este último sólo operarán como supletorias respecto a lo establecido en aquélla. De lo anterior se infiere que en un conjunto muy amplio de operaciones de compraventa mercantiles (las que se realizan sin intervención de los consumidores, de acuerdo con el artículo 3 de la citada Ley 3/2004), las disposiciones del Capítulo I del Título I del Libro V del futuro Código Mercantil sólo tendrán una supletoriedad de segundo grado, pues inicialmente habrá de acudir a lo dispuesto en la referida Ley 3/2004, que contiene, en particular, múltiples disposiciones en relación con la determinación del plazo de pago (artículo 4) o el devengo de intereses de demora (artículos 5 a 7) que no estaría de más incorporar al propio Código, con una clara delimitación de los supuestos en que procede su aplicación.

Ciertamente, una permanente remisión a la legislación especial puede acabar menoscabando la seguridad jurídica. Sin embargo, tal como se observó en relación con el Capítulo VIII, Título I, del Libro Cuarto del Anteproyecto ("De la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles"), la incorporación de preceptos de la referida Ley 3/2004 al Código Mercantil puede plantear problemas derivados de los distintos ámbitos de aplicación respectivos de ambos textos normativos. Los inconvenientes del carácter incompleto del Código en este punto pueden, sin embargo, quedar remediados con la remisión que se sugiere efectuar en el referido Capítulo VIII, Título I del Libro Cuarto, por lo que cabe dar aquí por reproducida la citada observación.

g) La compraventa de reemplazo. Como ya se señaló, el artículo 511-16 establece los derechos y acciones que corresponden al comprador en caso de incumplimiento del vendedor, y que son los siguientes: por una parte, podrá exigir el cumplimiento, la reducción del precio o la resolución del contrato y, además, en cualquiera de los casos anteriores, podrá asimismo exigir la indemnización de los daños y perjuicios que proceda conforme a la legislación civil y mercantil.

Este precepto no contempla expresamente la posibilidad de una compraventa de reemplazo, que sin embargo sí sería accesible al comprador en atención a lo dispuesto en el artículo 417-4 del propio Código.

Dada la importancia de esta solución alternativa frente al incumplimiento (muy frecuentemente más satisfactoria para el comprador que la resolución o la reducción del precio) y su extensión en relación con este tipo de contrato (para el que está expresamente previsto en el artículo 75 de la Convención UNCITRAL), sería conveniente hacer referencia expresa en este artículo 511-16 a la posibilidad para el comprador de acudir, en caso de incumplimiento del vendedor, a una compraventa de reemplazo, en los términos previstos en el artículo 417-4, ofreciendo así al comprador, de forma más clara, un abanico lo más amplio posible de soluciones para los casos de incumplimiento.

h) El incumplimiento del comprador. La Subsección 5ª de la Sección 2ª del Capítulo I, Título I, del Libro V regula los derechos y acciones del vendedor en caso de incumplimiento del comprador: el artículo 511-21 enumera dichos derechos y acciones con carácter general, el artículo 511-22 se refiere al cumplimiento del contrato y el artículo 511.23 a la resolución del contrato. Habida cuenta la brevedad de todos estos preceptos, sería más conveniente refundirlos en un solo artículo, lo que permitiría, además, evitar algunas contradicciones que en la actualidad presentan. Así, el artículo 511-21 dispone, en su primer apartado, que "si el comprador no cumpliera cualquiera de sus obligaciones, el vendedor podrá, en virtud de denuncia, exigir al comprador el cumplimiento o resolver el contrato", en tanto que el artículo 511-23 limita esa facultad de resolución a los supuestos en que el comprador haya incurrido en un "incumplimiento esencial del contrato". Esta limitación, que se aplica también al derecho del comprador a solicitar la resolución (artículo 511-18), y que está motivada por la voluntad de lograr la máxima reciprocidad de intereses y la conservación del contrato, siempre que sea posible, en sus términos iniciales (apartado VI-42 de la Exposición de Motivos), debe resultar también claramente de la lectura del artículo 511-21. En la medida en que este precepto (a diferencia, por ejemplo, del artículo 511-16.1) no precisa que el ejercicio de estos derechos por el vendedor se realizará "de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes", su redacción puede inducir a error sobre la amplitud del derecho a la resolución.

Por lo demás, sorprende que esta Subsección 5ª no prevea plazos concretos para el ejercicio de estos derechos por el vendedor, frente a la fugacidad de los previstos para las acciones del comprador.

i) Las compraventas de inmuebles. Rompiendo radicalmente con el artículo 325 del Código de Comercio, que considera mercantil "la compraventa de cosas muebles para revenderlas", el Anteproyecto califica como compraventas mercantiles las compraventas de inmuebles, siempre que reúnan los caracteres de mercantilidad previstos en el artículo 511-1. En tal caso, y salvo previsión expresa en el contrato, se registrarán por las normas generales sobre compraventa de bienes muebles y bienes inmateriales del

Código (artículos 511-2 a 511-23), siempre que sean compatibles con la naturaleza propia de estos bienes, y por las normas de la Sección 3ª (artículos 511-24 a 511-27), que establecen algunas reglas especiales en relación con la entrega conforme al contrato, denuncia por el comprador y extinción del derecho al cumplimiento y a la resolución, todo ello sin perjuicio de la legislación especial que resulte de aplicación.

La inclusión de la compraventa de bienes inmuebles dentro del ámbito de la regulación mercantil constituye una importante novedad, especialmente si se tiene en cuenta que el futuro Código Mercantil tendría que aplicarse tanto a las ventas de inmuebles entre empresas, en el marco de su actividad económica, como a las que se realicen por cualquier operador del mercado, en el sentido del artículo 001-2 del Código, a un particular o consumidor, o a la inversa, siempre que la compraventa se desarrolle en el marco de la actividad propia del citado operador.

Con carácter previo, cabe aquí de nuevo reiterar las observaciones generales realizadas en relación con el empleo del concepto de "operador del mercado" en la delimitación del ámbito personal de aplicación del Código Mercantil y, en particular, las objeciones formuladas en relación con la excesiva ampliación del ámbito de la compraventa mercantil, opciones legislativas cuyos inconvenientes se plasman también en la definición de esta nueva figura de la compraventa mercantil de inmuebles.

La amplitud de la figura ha sido criticada por algunos de los intervinientes en la tramitación del Anteproyecto; el Consejo General del Notariado, por ejemplo, considera que la delimitación de las ventas de inmuebles que deben considerarse mercantiles no es lo suficientemente precisa, por lo que puede generar inseguridad jurídica y chocar con las Comunidades Autónomas que tienen regulación propia (civil, se entiende), y señala que puede "dar lugar a abusos, por ejemplo por las promotoras inmobiliarias, frente a clientes compradores de viviendas, o vendedores de terrenos".

La exposición de motivos del Anteproyecto justifica esta innovadora opción legislativa con la siguiente argumentación: "Una vez consolidada la liberalización del derecho de propiedad y la creación correlativa (de) un mercado de inmuebles, que ha convertido a estos en bienes susceptibles de circular en el mercado, como cualesquiera otros, no hay razones de fondo que justifiquen la exclusión del tráfico de inmuebles del ámbito mercantil. No es posible obviar, además, que la unidad de mercado exige soluciones unívocas en el conjunto del Estado para los intercambios acaecidos en el mercado nacional cuando sean realizados por empresarios en el contexto de su actividad empresarial".

En la cuarta consideración de la presente consulta (letra C).2) hubo ya ocasión de examinar la relevancia que tiene la legislación mercantil para ofrecer una regulación jurídico-privada unitaria del tráfico. Sin embargo, y como también quedó anteriormente expresado (tercera consideración de este dictamen), la unidad de las reglas jurídico-mercantiles al servicio de la unidad de mercado es cuestión distinta y no comporta la necesidad de ampliar los contornos de la legislación mercantil en materia de contratos más allá del ámbito que le es propio.

Por otra parte, la inclusión de las compraventas de inmuebles en el ámbito de la regulación mercantil, además de ser una opción legislativa contestada, se aparta de la tradición normativa y jurisprudencial española y no se alinea con el Derecho europeo de los contratos. Aunque la ya citada propuesta de Reglamento europeo relativo a una normativa común de compraventa europea no pretende armonizar las normas nacionales sobre compraventas, no puede dejar de mencionarse que regula expresamente una compraventa "mercantil" que descansa en que el vendedor sea un comerciante (artículo 7) y limita su ámbito de aplicación a las ventas de bienes muebles (artículo 2, apartados h) y k), y considerando 16). En atención a las anteriores consideraciones, y pese a que la posición del consumidor en este tipo de contratos estaría en todo caso protegida por la amplia legislación especial aplicable, en la medida en que el expediente no ofrece una justificación suficiente de esta opción legislativa (la memoria de análisis del impacto normativos del Anteproyecto sólo contiene un párrafo

idéntico al de su exposición de motivos arriba reproducido), no puede sino sugerirse una seria reconsideración de su oportunidad.

Respecto al artículo 511-27, sin perjuicio de la observación realizada en relación con las compraventas mercantiles de inmuebles en general, debe darse por reproducido lo observado respecto a los artículos 511-12 y 511-20.

Por último, las previsiones que el Anteproyecto dedica a las compraventas de inmuebles deben dejar expresamente a salvo la aplicación de la legislación hipotecaria.

j) Modalidades especiales de compraventa mercantil. El Capítulo II del Título I, Libro V, regula ciertas "modalidades especiales de compraventa mercantil": ventas al gusto o con reserva de aprobación (Sección 1ª), Ventas a ensayo o prueba (Sección 2ª), y Ventas con precio aplazado (Sección 3ª). Al tratarse de un capítulo independiente, no queda clara la aplicabilidad del artículo 511-1, sobre la mercantilidad de la compraventa, a tales modalidades ni, con carácter general, la posibilidad de aplicar supletoriamente a las mismas las reglas generales sobre compraventa de bienes muebles y bienes inmateriales de la Sección 2ª (artículos 511-2 a 511-23) o, incluso, de bienes inmuebles (artículos 511-24 a 511-27), pues tampoco se determina qué tipo de bienes pueden ser objeto de este tipo de contratos de compraventa, dudas todas ellas que sería conveniente disipar mediante la correspondiente precisión y, en su caso, introduciendo cambios en la estructura del Título I. En particular, si se entiende que estas modalidades especiales sólo son aplicables a las compraventas de bienes muebles, con la posibilidad de aplicar a las mismas las reglas de la Sección 2ª, debería procederse a su regulación en dicha sección.

La redacción del artículo 512-4 adolece de cierta confusión. Se refiere este precepto a la transmisión del riesgo en las ventas al gusto o con reserva de aprobación, disponiendo su apartado 1 que "el riesgo se transmitirá al comprador cuando, concurriendo las circunstancias previstas para la transmisión del riesgo en la compraventa, la aceptación haya sido comunicada o deba considerarse producida conforme al apartado segundo del artículo anterior". El apartado 2 introduce, sin embargo, una regla que parece incurrir en cierta contradicción con lo anterior, al disponer que "después de la correcta notificación de la devolución de los bienes, el riesgo corresponderá al vendedor".

Además de lo impreciso de la referencia al momento de "correcta notificación de la devolución de los bienes" (lo determinante no es en ningún momento una notificación de devolución sino, conforme al artículo 512-3, la que recae sobre la decisión del comprador de rechazar los bienes), lo dispuesto en este apartado 2 podría hacer pensar que, en un determinado periodo que sólo finaliza con la referida notificación, el riesgo ha pesado sobre el comprador, cuando en realidad dicho riesgo no habría llegado a transmitírsele. Sería conveniente, por tanto, modificar la redacción de este artículo 512-4 refundiendo, en su caso los dos apartados, para aclarar estos extremos.

Los artículos 512-5 y 512-6 regulan las ventas a ensayo o a prueba. Se echa de menos en esta regulación una referencia expresa a la transmisión del riesgo en esta modalidad de la compraventa.

2. El contrato de suministro. El Capítulo III del Título I del Libro V regula el contrato mercantil de suministro. Se trata de una regulación de nuevo cuño, pues la referida figura carece hasta el momento, pese a lo extendido de su utilización en el tráfico, de una ordenación jurídica codificada en el ámbito del Derecho privado español (no se regula en el Código civil ni en el vigente Código de Comercio), habiendo sido construida jurisprudencialmente como una modalidad atípica de la compraventa.

El Anteproyecto de Código Mercantil entronca con esta posición jurisprudencial, pasando a regular el contrato de suministro en el Título I de su Libro Quinto, entre los contratos de intercambio de bienes, a continuación de la compraventa, cuyas reglas declara aplicables en todo lo no previsto en el Capítulo III (artículo 513-9). Sorprende, no obstante, que esa remisión a la regulación de la compraventa se haga de forma general e indeterminada a todas "las reglas del contrato de compraventa contenidas en

este Código", lo que incluiría tanto las relativas a la compraventa de bienes muebles y bienes inmateriales (artículos 511-2 a 511-23) como las relativas a la compraventa de bienes inmuebles (artículos 511-24). También la definición del contrato que realiza el primer párrafo del artículo 513-1 ("por el contrato de suministro, el suministrador se obligará a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar el precio") deja abierta la posibilidad de que los bienes objeto de suministro sean muebles o inmuebles. Todo ello colisiona con la tradicional definición del suministro como un contrato que recae exclusivamente sobre bienes muebles y con el difícil encaje de los bienes inmuebles en la definición del suministro. Por todo ello, entiende el Consejo de Estado que tal ampliación del objeto del contrato puede resultar excesiva, especialmente si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 513-1, segundo párrafo, el contrato de suministro tendrá siempre carácter mercantil.

Si, pese a ello, la voluntad del Anteproyecto fuese efectivamente ampliar de esta forma el objeto del contrato de suministro, habría que precisarlo en el artículo 513-1, por constituir una importante novedad con respecto al régimen tradicional. En otro caso, la noción del artículo 513-1 debería indicar que los bienes objeto del contrato sólo pueden ser de naturaleza mueble, y la remisión del artículo 513-9 habría de limitarse a las reglas sobre la compraventa de bienes muebles.

Por otra parte, la redacción del artículo 513-1, primer párrafo, es también susceptible de una cierta mejora en orden a una más adecuada identificación de las partes contractuales y sus obligaciones, pues la referencia a "aquél", obligado a pagar un precio, podría entenderse hecha al primero de los dos sujetos mencionado, esto es, el suministrador, cuando es evidente que se refiere al segundo, el suministrado, a quien se menciona como "aquél" quizás por la lejanía del término dentro de la frase, lo que no resulta totalmente claro ni correcto. Sería por ello preferible reiterar el término "suministrado" y evitar de esta forma toda duda al respecto: "Por el contrato de suministro, el suministrador se obligará a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y el suministrado a pagar el precio". Asimismo, puede mejorarse el título de este artículo 513-1, que no sólo contiene la noción del contrato de suministro, sino que también se refiere a su mercantilidad.

Finalmente, el alcance general de la remisión a las reglas de la compraventa que efectúa el artículo 513-9 implicaría también la aplicación al contrato de suministro del artículo 511-1, que define la mercantilidad de la compraventa, lo que entraría en contradicción con el artículo 513-1, cuyo segundo párrafo declara que el contrato de suministro tiene siempre carácter mercantil. En línea con lo arriba observado, por tanto, debe mejorarse la redacción del artículo 513-9.

El artículo 513-5 regula la posibilidad, sin perjuicio de la aplicación de las normas del Derecho de la competencia, de establecer entre las partes un pacto de preferencia por el cual el suministrado se obliga a conceder ésta al suministrador en la celebración de un contrato de suministro sucesivo con el mismo objeto.

Aunque, evidentemente, las condiciones de tal pacto habrán de ser acordadas por los contratantes, cabría establecer expresamente en este artículo, para el caso de que no se hubiera previsto expresamente, que el citado pacto de preferencia no será válido si el primer contrato de suministro se ha resuelto por un incumplimiento de cualquiera de las partes. En otro caso, la falta de confianza de la parte que resolvió el contrato persistiría en el nuevo, y, dada la naturaleza de esta relación contractual, podría carecer de sentido imponer su reanudación. Lo anterior parece evidente si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el artículo 513-8, tal resolución unilateral del contrato sólo puede haber venido causada por un incumplimiento que, "en atención a su entidad o reiteración", tenga carácter "esencial" o "disminuye la confianza en la exactitud de los sucesivos incumplimientos".

3. El contrato de permuta mercantil. Los artículos 514-1 y 514-2 contienen una somera regulación de la permuta mercantil. Al igual que hace el vigente artículo 346 del

Código de Comercio, el artículo 514-2 remite la regulación de la permuta a las reglas del contrato de compraventa, en cuanto sea posible su aplicación. El artículo 514-1 añade el criterio para la determinación de la mercantilidad del contrato, precisando que será mercantil la permuta "cuando cualquiera de las partes, en el ejercicio de su propia actividad económica, se obliga a entregar un bien para recibir otro, presente o futuro". En realidad, este artículo contiene también un concepto o noción del contrato, por lo que así debería indicarse en su rúbrica. Por lo demás, esta formulación implica también una considerable extensión del régimen de la permuta mercantil, por lo que deben darse aquí por reproducidas las observaciones realizadas en relación con el ámbito de la compraventa mercantil (artículo 511-1).

Finalmente, dada la importancia que en el tráfico han adquirido las cesiones de solares a cambio de uno de los pisos o locales construidos sobre el solar en cuestión, jurisprudencialmente calificadas como contratos de permuta mercantil, sería adecuado señalar expresamente en el artículo 514-1 que el bien a entregar (y a recibir) puede ser mueble o inmueble. Desde esta perspectiva, resulta adecuada la precisión, ya incluida, de que el bien a obtener en permuta puede ser presente o futuro.

B) Título II del Libro Quinto: El contrato de obra por empresa

El Título II del Libro Quinto del Anteproyecto contiene una amplia regulación del contrato mercantil de obra por empresa.

Si se excluye una breve referencia a la construcción del buque en el hoy derogado artículo 574 (por la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima), no se encuentra en el Código de Comercio de 1885 regulación alguna de este tipo contractual, lo que no ha sido obstáculo para su calificación como mercantil por la frecuente utilización del mismo en el tráfico comercial. Sin embargo, esa evidente mercantilidad viene siendo en la práctica irrelevante, dada la inexistencia, como se ha dicho, de una regulación propia de la modalidad mercantil del contrato, que se rige por las disposiciones del Código civil sobre el llamado arrendamiento de obras (artículos 1544 y siguientes).

Sin perjuicio de las observaciones que a continuación se formularán, el Consejo de Estado valora positivamente la introducción en el nuevo Código Mercantil de esta regulación, en la que se prescinde tanto de la tradicional asimilación al contrato de arrendamiento (procedente de la *locatio conductio romana*) como de su unificación con el arrendamiento de servicios, que es también objeto, como se verá a continuación, de una regulación independiente en el Anteproyecto.

Dada la novedad, es importante contar con una noción del contrato mercantil de obra por empresa, y de criterios para determinar su mercantilidad, objetivo doble al que da respuesta el artículo 521-1 (lo que debería quedar reflejado en su título, que debería ser "Noción y mercantilidad").

El apartado 1 de este artículo dispone, así que "Por el contrato mercantil de obra por empresa el contratista, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se obliga frente al comitente a ejecutar una obra determinada a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos". De nuevo han de reiterarse aquí las objeciones ya formuladas en relación con esta ampliación del ámbito de aplicación de las disposiciones del Código, ampliación que conlleva, en el presente caso, una excesiva extensión de las nuevas reglas mercantiles del contrato de obra.

Esta importante ampliación del objeto del contrato de obra por empresa preside toda la nueva regulación, frente a la contenida en el Código civil, que gira claramente en torno al contrato de construcción de inmuebles, figura hoy sobre todo regulada por una rica legislación especial, en particular por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, cuyas disposiciones deben ser, en relación con este tipo contractual, de aplicación prevalente a lo previsto en el Código Mercantil.

Así parece disponerlo el artículo 521-4, apartado 2, del Anteproyecto, aunque su redacción suscita ciertas dudas. Establece el precepto que: "Prevalecerá sobre las disposiciones de este Capítulo lo establecido en las leyes especiales que resulten de aplicación". La referencia a "las disposiciones de este Capítulo" parece errónea, pues ello implicaría únicamente que la Ley de Ordenación de la Edificación desplazará a lo previsto en cuanto a la noción y mercantilidad del contrato, suministro de materiales, documentación del contrato y ámbito de aplicación en los artículos 521-1 a 521-4 del Código Mercantil, pero no a todas las demás reglas reguladoras del contrato de obra, contenidas en los artículos 522-1 a 527-3, lo que no parece ser el objetivo del precepto. Su redacción, por tanto, debe corregirse, reemplazando la referencia a "las disposiciones de este Capítulo" por "las disposiciones de este Título", salvo que quiera introducirse alguna salvedad. Idéntica observación cabe hacer en relación con el apartado 1 del mismo artículo 521-4, que declara excluidos del ámbito de aplicación "de este Capítulo" los contratos cuyo fin principal no sea la consecución de un resultado, los contratos de obra por empresa que dispongan de un régimen específico en el Código y los sometidos a la Ley de Contratos del Sector Público.

En resumen, las tres referencias que el artículo 521-4 hace a "este Capítulo" (primera línea del apartado 1, letra b) del apartado 1, y apartado 2) deben sustituirse por "este Título".

Por lo demás, el apartado 2 del artículo 521-1 cubre una importante laguna de la regulación civil, al definir qué puede reputarse como "obra" a efectos de este contrato: "Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes". La referencia, en este último inciso, a "otro resultado convenido por las partes", permite ya, sin sombra de dudas, aceptar el contrato de obra inmaterial que, en los casos admitidos por la jurisprudencia, siempre contaba con un cierto soporte material.

Se aprecia una errata en el artículo 525-3, que debería decir "el plazo de prescripción ... se computará" en lugar de "el plazo de prescripción ... se computarán".
C) Título III del Libro Quinto: Los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales

1. Observaciones generales. El Título III del Libro Quinto regula los contratos de prestación de servicios mercantiles (Capítulos I a IV) y los contratos sobre de bienes inmateriales (Capítulos V y VI).

Así, el Capítulo I contiene una serie de disposiciones generales sobre los contratos de prestación de servicios mercantiles, y los Capítulos II, III y IV se refieren, respectivamente, a tres tipos contractuales de prestación de servicios en particular: los contratos para las comunicaciones electrónicas (y, dentro de éstos, el contrato de servicio de comunicación electrónica y el contrato de alojamiento de datos), los contratos publicitarios (y, en concreto, el contrato de publicidad, el de difusión publicitaria, el de creación publicitaria, el de patrocinio, el de reclamo mercantil y el de permuta publicitaria) y el contrato de admisión a subasta pública. Se echa de menos una mayor atención, en la Exposición de Motivos, a estos contratos, que ni tan siquiera aparecen mencionados; algunos de ellos se regulan por primera vez y otros pasan a regularse en el Código, con derogación de la legislación especial que a ellos se refiere en la actualidad (ciertos artículos de la Ley General de Publicidad, por ejemplo), circunstancias todas ellas que son merecedoras de alguna alusión en la parte expositiva del Anteproyecto.

Por su parte, los Capítulos V y VI se refieren, respectivamente, al contrato de cesión de bienes inmateriales y al contrato de licencia de bienes inmateriales. El Consejo de Estado cuestiona la oportunidad de incluir estos dos contratos en el mismo Título que los contratos de prestación de servicios, máxime cuando este bloque normativo se inicia (Capítulo I) con unas disposiciones generales aplicables a éstos, pero no, en principio, a los que son objeto de los dos últimos capítulos. La regulación de unos y otros no presenta los suficientes elementos comunes como para justificar este tratamiento

conjunto (aunque sólo sea desde un punto de vista formal), y ambos grupos contractuales son lo suficientemente importantes como para ser objeto de dos Títulos independientes. El Anteproyecto ganaría en claridad si se operase esta separación.

Para finalizar con estas consideraciones generales en relación con el Título III del Libro Quinto, se advierte una errata en el índice, donde aparecen dos capítulos adicionales que no se encuentran en el contenido del articulado. Más concretamente, el índice que precede al articulado incluye también en el Título III del Libro Quinto un Capítulo VII dedicado al contrato de garantía y un Capítulo VIII sobre el contrato de cuenta corriente, dos materias que, en el texto sometido a consulta, aparecen tratadas dentro de los contratos financieros, en los Capítulos VIII y IX del Título VII, respectivamente. Debe, por tanto, corregirse también este error.

2. Los contratos de prestación de servicios en general. Como más arriba se indicó, el Anteproyecto regula por vez primera el contrato de prestación de servicios mercantiles, separándolo del contrato de obra por empresa y de la configuración locaticia (arrendamiento de servicios) tributaria del Derecho Romano.

El artículo 531-1 ofrece una noción de este contrato de prestación de servicios y señala los criterios aplicables para calificarlo como mercantil, un doble contenido que debería quedar reflejado en su título ("Noción y mercantilidad"). Dispone el precepto que "por el contrato mercantil de prestación de servicios al prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra parte, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado".

Una vez más ha de cuestionarse la oportunidad de extender, sin limitaciones, el carácter mercantil a todos los contratos de prestación de servicios realizados por empresarios o profesionales incluidos en el concepto de "operador del "mercado". En este caso, la inadecuación del criterio se pone aún más de relieve, si cabe, por la existencia de la tradicional figura del trabajador autónomo, no siempre asimilable a la del empresario, y que puede servir como referencia para una mejor delimitación de los contratos de prestación de servicios que deben considerarse como mercantiles.

En cuanto al contenido del contrato, el anteproyecto toma el criterio tradicionalmente empleado en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar el arrendamiento de obras y de servicios: en el contrato de obra por empresa, como se indicó, el contratista se obliga a realizar una obra determinada (artículo 521-1), mientras que en el contrato de prestación de servicios mercantiles el prestador se compromete a desarrollar una determinada actividad "sin obligarse a la obtención de un resultado". Pese a su aparente simplicidad, este criterio delimitador presenta sus límites en la práctica.

Si se observa la definición de algunos de los contratos incluidos en este Título -lo que presumiblemente implica la voluntad de calificarlos como contratos típicos de prestación de servicios mercantiles-, se llega a la conclusión de que con cierta frecuencia el prestador asume, en realidad, una cierta obligación de resultado. Así se observa en los contratos publicitarios: en el contrato de publicidad, por ejemplo, corresponde a la agencia "la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma"; y en el de creación publicitaria, el prestador se obliga a "idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario"; y, de forma aún más evidente, en el contrato de difusión publicitaria, por el que, de acuerdo con el artículo 535-5, un medio se obliga a favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y "a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario".

En la medida en que el Anteproyecto admite el contrato de obra por empresa que tiene por objeto una obra de carácter inmaterial, los perfiles entre ambas figuras se

desdibujan, y no se trata de una mera cuestión nominal, pues el régimen de los dos contratos no es el mismo, por ejemplo, en materia de distribución de los riesgos.

El Consejo de Estado no se opone al criterio delimitador entre el contrato de obra y el contrato de prestación de servicios que ofrece el Código Mercantil (la existencia o no de una obligación de resultado), ni tampoco a una calificación apriorística como contrato de prestación de servicios de los contemplados en los Capítulos II, III y IV del Título III. Ahora bien, a la vista de las dudas que pueden suscitar algunas de estas figuras y de los perfiles difusos entre ambas categorías contractuales, sería conveniente precisar expresamente en el artículo 531-1 que son contratos de prestación de servicios mercantiles, en particular, los regulados en los citados Capítulos (o "en este Título", de operarse la escisión de los Capítulos V y VI sugerida al principio). En tal caso, habría de añadirse que tales contratos se regirán, salvo pacto en contrario, por sus disposiciones específicas y, en todo lo no previsto en ellas, por las disposiciones del Capítulo I, pues, en la actual redacción, no queda claro si dichas normas "de los contratos de prestación de servicios mercantiles en general" tienen como vocación completar la regulación de los contratos típicos que se contemplan a continuación (lo que sí precisa la Exposición de Motivos), o si simplemente constituyen un régimen general aplicable por defecto a otros contratos de prestación de servicios mercantiles. El silencio del Anteproyecto sobre este punto genera no pocos interrogantes: la incoherencia de la definición de algunos de estos contratos con la definición general del artículo 531-1 es, como ya se ha visto, un primer ejemplo, pero pueden encontrarse otros desajustes, en particular, en lo que afecta a la definición de la mercantilidad de las distintas figuras. Así, el artículo 532-1 establece que los contratos para las comunicaciones electrónicas son siempre mercantiles, por excepción, en consecuencia, a la regla del artículo 531-1, que exige que el prestador sea un operador del mercado; en el caso de los contratos publicitarios, por el contrario, el Anteproyecto no se refiere en modo alguno a esta cuestión, lo que debería hacer aplicable el criterio del artículo 531-1, pero en todo caso es algo que debería aclararse en la futura redacción del Código.

En otro orden de cosas, no parece acertado configurar en el artículo 531-1, como elemento esencial de este tipo contractual de prestación de servicios mercantiles, que la contraprestación deba realizarse en dinero, una limitación que no existe en la regulación actual y que implica excluir de plano otras variedades de pago que pueden darse en el tráfico comercial. De hecho, el propio Anteproyecto incurre en una cierta incoherencia al incluir dentro de este Título la regulación de la permuta publicitaria o bartering, en la que, por su propia naturaleza, la contraprestación no es dineraria (artículo 533-16: "Por el contrato de permuta publicitaria, un anunciante o una agencia de publicidad se obliga a poner a disposición de un medio de comunicación una producción literaria, radiofónica o audiovisual que aparece vinculada a la publicidad de sus bienes o servicios, a cambio de la cesión por dicho medio del espacio y tiempo necesarios para su difusión"). En consecuencia, debería eliminarse, en el artículo 531-1, la exigencia de que la contraprestación sea "en dinero".

El artículo 531-2 se refiere a las obligaciones del prestador del servicio. Entre ellas no se incluye referencia alguna al deber de confidencialidad, de mantener en secreto la prestación del servicio o ciertos datos relacionados con el mismo, en la medida en que ello pudiera perjudicar los derechos del ordenante. Ciertamente, la protección de los datos personales de terceros (clientes, por ejemplo), está suficientemente protegida por las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal garantiza también una protección frente a la divulgación de secretos industriales u otros secretos empresariales (artículo 13). En otros casos, el deber de reserva puede deducirse de algunos preceptos de la legislación especial aplicable, como, en el caso de la publicidad, el artículo 14 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, el cual establece que "el anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia", e impone la misma obligación a "la agencia respecto de la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos del contrato", que retoma el artículo 533-2.1 del Anteproyecto (en este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999). Además, el artículo 412-1 del propio Código

Mercantil prevé el deber de confidencialidad respecto de la información obtenida en la fase preparatoria de los contratos mercantiles, y el artículo 440-1 se refiere a la posibilidad de acordar en los mismos una cláusula de confidencialidad. Pese a ello, no sería ociosa una referencia específica al deber de confidencialidad que recae sobre el prestador del servicio en este artículo 531-2, al igual que se hace en el artículo 522-5 para el contratista de obras.

El artículo 531-4 dispone, bajo la rúbrica "Sustitución del prestador del servicio", que "el prestador de los servicios se obliga a desarrollar la actividad objeto del contrato por sí mismo o por medio de sus dependientes. La autorización a subcontratar total o parcialmente la realización de la actividad objeto del contrato no exime al prestador del servicio de su responsabilidad frente al ordenante". A la vista del contenido del precepto, su título debería más concretamente hacer referencia a la "subcontratación del servicio".

3. Los contratos para las comunicaciones electrónicas. El Capítulo II del Título III, Libro Quinto, regula el contrato de servicio de comunicación electrónica, el servicio de alojamiento de datos y el acuerdo para la copia temporal de datos o de información.

La regulación de estos contratos, novedad en nuestro ordenamiento, se limita a sus aspectos jurídico-privados y tendrá carácter dispositivo en aplicación del artículo 411-1 del futuro Código. Junto a ella seguirá siendo de aplicación la amplia legislación especial existente en relación con esta materia, de carácter imperativo y que frecuentemente tiene su origen en disposiciones de la Unión Europea. A estos efectos, cabe citar los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que establecen el régimen de limitación de responsabilidad de los prestadores de estos servicios en relación con el contenido de los datos que alberguen o transmitan, preceptos por los que se transponen los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

El Capítulo se inicia con el artículo 532-1, que conforma la Sección 1ª, "Disposiciones generales", y en el que se contempla el "régimen jurídico" de estos tres contratos para las comunicaciones electrónicas.

El apartado 1 de este artículo 532-1 se refiere a la mercantilidad de estos contratos, a los que siempre se atribuye tal carácter. El apartado 2 establece la aplicabilidad de las disposiciones relativas al contrato de servicio de comunicación electrónica (Sección 2ª) al contrato de alojamiento de datos y a la obligación de realizar copia temporal. El apartado 3 excluye, no obstante, de la aplicación al contrato de alojamiento de datos "lo dispuesto sobre responsabilidad del prestador del servicio por incumplimiento".

A juicio del Consejo de Estado, las previsiones de los apartados 2 y 3 de este artículo tendrían mejor acomodo en las Secciones 3ª y 4ª, al tratarse, respectivamente, el contrato de alojamiento de datos y la obligación de realizar copia temporal. Además, la salvedad prevista en el artículo 3 debe aclararse con una remisión expresa al precepto cuya aplicación se exceptúa. Así, el artículo 532-12 podría incorporar un nuevo apartado en orden a especificar el régimen jurídico del contrato allí definido, en términos semejantes a los siguientes: "Serán de aplicación al contrato de alojamiento de datos las disposiciones relativas a contrato de servicio de comunicación electrónica, salvo en lo que resulte incompatible con su contenido y finalidad, y en todo caso a excepción de lo dispuesto sobre responsabilidad del prestador del servicio por incumplimiento en el artículo 532-6". Por otra parte, el artículo 532-14 deberá prever lo siguiente: "Las disposiciones relativas al contrato de servicio de comunicación electrónica serán de aplicación a la obligación de realizar copia temporal".

El artículo 532-3, que regula las obligaciones del prestador del servicio de comunicación electrónica, contempla, en su apartado 2, el deber de aquél de "mantener el secreto de las comunicaciones". Se percibe una errata en este apartado, pues se ha deslizado una "o" entre "el prestador" y "estará obligado", que podría inducir a pensar que la frase está redactada en sentido negativo.

El apartado 1, por su parte, establece que "el prestador estará obligado a proporcionar el acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas para la transmisión de datos o información, en las condiciones de continuidad, regularidad, velocidad, volumen y seguridad previstas en el contrato y, en lo no previsto, en las condiciones y bajo los usos y los estándares normalmente observados en la prestación de servicios idénticos o análogos, así como en los contemplados en los códigos de conducta o instrumentos análogos publicados o adheridos por el prestador".

La legislación especial contempla también algunas obligaciones del prestador del servicio de comunicación electrónica que, sin embargo, no se han incluido en el Anteproyecto. Es el caso de la obligación prevista en el artículo 34.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones para el supuesto de brechas en la seguridad de las comunicaciones que produzcan una violación de los datos personales. En esos casos, el operador del servicio de comunicaciones deberá notificarlo de inmediato a la Agencia Española de Protección del Datos y, si la violación de los datos pudiera afectar negativamente a la intimidad o a los datos personales de un abonado o particular, también al propio interesado.

La relevancia de estas previsiones podría por sí sola justificar su inclusión en el Código Mercantil, como han sugerido algunos de los intervinientes en el expediente. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la primera de estas dos notificaciones es una regla de naturaleza jurídico- pública, que, como se señaló en las observaciones generales al Libro cuarto, no tiene un adecuado acomodo en la legislación mercantil. Por ello, en todo caso, el Código debería únicamente incorporar la referencia a la obligación del operador del servicio de comunicaciones de notificar la brecha de seguridad al abonado o particular, "sin perjuicio de otras obligaciones impuestas por la legislación específica". Por otra parte, hay que recordar que estas obligaciones legales de notificación de los fallos de seguridad tienen un carácter imperativo, a diferencia de la regulación del contrato de referencia en el Código, que tiene carácter dispositivo; su inclusión en éste, por tanto, sólo podría hacerse precisando expresamente que tal disposición tiene carácter imperativo

Finalmente, no ha de olvidarse que la inclusión de esta regla en el artículo 532-3 implicaría extender automáticamente su aplicación no sólo a los operadores del servicio de comunicación electrónica (los únicos a los que ya se aplica, en virtud de la citada Ley 32/2003), sino también a los prestadores del servicio de alojamiento de datos, una consecuencia deseable, que permite valorar positivamente la oportunidad de llevar a la regulación del Código la citada obligación de información.

El artículo 532-6 dispone que "el prestador deberá indemnizar al cliente los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato". Esta limitación de la responsabilidad del prestador al incumplimiento de las obligaciones pactadas o negociadas constituye una restricción injustificada, pues algunas de sus principales obligaciones pueden tener un origen legal: así ocurrirá siempre que se aplique el régimen dispositivo previsto en el propio Código Mercantil y, en todo caso, en relación con distintas obligaciones de carácter imperativo que impone al prestador del servicio la legislación especial (por ejemplo, como ya se ha visto, la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, pero también la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal). La primera frase del artículo 532-6 debería, por tanto, redactarse en términos más amplios: "El prestador deberá indemnizar al cliente los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones".

A continuación, el propio artículo 532-6 establece que "el prestador quedará exonerado de su responsabilidad si prueba que dicho incumplimiento no es imputable a su culpa ni a la de sus auxiliares".

El artículo 532-7 establece otro supuesto específico de exoneración en su apartado 1, al disponer que "cuando la obligación de secreto del prestador quede incumplida por interceptación de la información transmitida o cualquier otro tipo de intromisión ilegítima por parte de terceros, el prestador quedará exonerado de su responsabilidad si

prueba haber aplicado todas las medidas de seguridad técnicamente apropiadas para tal finalidad".

El apartado 2 de este mismo artículo 532-7, por su parte, dispone que "el prestador será responsable por el incumplimiento consistente en la pérdida de la integridad de la información transmitida si el cliente prueba que dicha pérdida trae causa de la culpa del prestador", previsión que parece estar en línea con lo establecido, con carácter general, en el artículo 532-6, salvo en lo que respecta a la carga de la prueba. Por esta razón, no se entiende que el artículo 532-7.2 introduzca la regla antes reproducida con la precisión de que esa responsabilidad surgirá "no obstante lo dispuesto con carácter general sobre responsabilidad del prestador del servicio por incumplimiento", en lo que parece ser una remisión al artículo 532-6 a efectos de introducir una excepción general a lo allí previsto. Debería, por ello, revisarse la redacción del artículo 532-7.2 en este punto para precisar, en su caso, que se trata de una excepción en materia de prueba.

Este artículo 532-7, apartado 2, finaliza precisando que, a efectos de determinar la responsabilidad del prestador si por su culpa se hubiese perdido la integridad de la información transmitida al cliente, "cuando las partes hayan acordado, o el prestador haya comunicado al cliente, las medidas de seguridad tendentes al mantenimiento de la integridad de la información transmitida, se considerará que el prestador ha incurrido en culpa si todas o algunas de dichas medidas no han sido aplicadas". Ha de entenderse que el artículo introduce aquí una presunción de culpa del prestador del servicio, en caso de inaplicación de las medidas de seguridad acordadas por las partes o comunicadas al cliente. Lo anterior no debería excluir, sin embargo, la responsabilidad del prestador por pérdida de la información, cuando ésta haya sido causada por incumplimiento de otras obligaciones de aquél, aunque no se trate de medidas de seguridad pactadas en el contrato, siempre que por otra vía pueda probarse la culpabilidad del prestador. Por esta razón, ha de insistirse en la importancia de modificar, en el sentido arriba indicado, el artículo 532-7.2 del Anteproyecto.

4. Los contratos publicitarios. La inclusión de los contratos publicitarios en el Capítulo III de este Título III parece ser consecuencia, como ya se adelantó, de una opción voluntaria del legislador de calificar estos contratos como de prestación de servicios mercantiles, lo que haría aplicable respecto a los mismos las reglas del Capítulo I y, en particular, el criterio para determinar su mercantilidad incluido en el artículo 531-1. El silencio del Anteproyecto en relación con estos puntos genera, sin embargo, no pocas dudas que, como ya se indicó, deberán ser aclaradas en la versión final del texto sometido a consulta.

Se trata de una regulación breve, tomada prácticamente en su integridad del Título III de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que deroga el Anteproyecto en su disposición derogatoria única, apartado 3.5º.

Pese a tal derogación, se ha omitido incorporar algunos de esos preceptos del Título III de la Ley General Publicitaria que pueden resultar necesarios, como el artículo 8, que contiene la definición del anunciante, las agencias y los medios de publicidad a efecto de la regulación allí contenida, y otros que contienen previsiones de especial relevancia, como el artículo 9, que se refiere a la obligación de los medios de difusión de deslindar perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad, o el artículo 10, sobre el control de la ejecución de la campaña de publicidad. No parece conveniente que estas disposiciones desaparezcan sin más del ordenamiento jurídico, por lo que, de no considerarse conveniente - por su naturaleza u otras razones- su inclusión en el Código, debería preverse su incorporación en otro texto legal mediante la correspondiente disposición final.

Tampoco se ha justificado la eliminación de las limitaciones que establecen los vigentes artículos 11 y 12 de la Ley General de Publicidad respecto al contenido de las cláusulas de los contratos publicitarios. Así, dispone el artículo 11 que "en los contratos publicitarios no podrán incluirse cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia

de la publicidad", y el artículo 12 establece que "se tendrá por no puesta cualquier cláusula por la que, directa o indirectamente, se garantice el rendimiento económico o los resultados comerciales de la publicidad, o se prevea la exigencia de responsabilidad por esta causa". En ambos casos se trata de reglas de carácter imperativo, lo que debería precisarse de decidirse su incorporación al Anteproyecto.

La regulación de los contratos de patrocinio, reclamo mercantil y permuta publicitaria es, sin embargo, de nuevo cuño. Sólo el primero se contempla expresamente en la Ley General de Publicidad, pero carece de reglas propias, pues el artículo 22 declara aplicables al patrocinio las reglas del contrato de difusión publicitaria. El Anteproyecto, por el contrario, establece unas reglas específicas para este contrato (artículos 533- 11 a 533-13). En cuanto al contrato de reclamo mercantil o merchandising, tras una breve regulación de las obligaciones de las partes, el Anteproyecto declara aplicables las disposiciones sobre licencias de bienes inmateriales, siempre que no sea incompatibles con la naturaleza del bien inmaterial que sea su objeto (artículo 533.15.3), y los contratos de permuta publicitaria o bartering se registrarán por las reglas del contrato de creación publicitaria, en lo que afecta a las obligaciones del anunciante o de la agencia de publicidad, y por las reglas del contrato de difusión publicitaria, en cuanto afecta a las obligaciones del medio. Lo anterior debe entenderse, asimismo, sin perjuicio de lo dispuesto en las reglas generales sobre contratos de prestación de servicios contenidas en el Capítulo I, si finalmente se aclarase su aplicabilidad en estos casos.

El artículo 533-5 reproduce el concepto de contrato de difusión publicitaria contenido en el vigente artículo 17 de la Ley General de Publicidad, aunque con una redacción algo enrevesada. A juicio del Consejo de Estado, el tenor del artículo 17 ofrece una mayor claridad, por lo que sería preferible retomarlo.

Por otra parte, cabe apuntar que esta definición del contrato de difusión publicitaria excluye de su ámbito de aplicación aquellos contratos en los que la agencia o el anunciante no actúa directamente frente al medio, sino que quien aparece como contraparte es un tercero - frecuentemente calificado "exclusivista"-, que previamente ha negociado con aquél la cesión en exclusiva de los soportes publicitarios de su titularidad. Dado el frecuente recurso a esta figura en el actual mercado publicitario, debería reconsiderarse la redacción del artículo 17 de la Ley General de Publicidad y, en consecuencia, del artículo 533-5 del Anteproyecto, para, si se considera conveniente, darle cabida.

5. El contrato de admisión a subasta pública. El elenco de contratos típicos de prestación de servicios mercantiles finaliza en el Anteproyecto con una regulación del contrato de admisión a subasta pública, que se define como aquél por el cual "el subastador, que habrá de ser operador del mercado en el ejercicio de esta actividad, se obliga a prestar los servicios necesarios para la celebración por cuenta del promotor y mediante una retribución a cargo de éste, de una subasta a fin de concluir, entre el promotor y un tercero, un contrato sobre el bien o el servicio objeto de subasta".

Los artículos 534-1 y 534-2 del Anteproyecto vienen a completar las reglas sobre contratación en pública subasta contenidas en los artículos 422-1 y siguientes del mismo texto. Ambos bloques de normas reemplazarán la regulación de la venta en pública subasta contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, cuyos artículos 57 a 61 se derogan en la disposición derogatoria única, apartado 3.6º, y a cuyo artículo 56 se da nueva redacción en la disposición final tercera, apartado Dos, del Anteproyecto, en orden a introducir una remisión a la regulación prevista en el Código Mercantil.

A este respecto, debe efectuarse en este punto una remisión a las observaciones efectuadas en relación con el Capítulo II del Título II, Libro cuarto del Anteproyecto.

6. Los contratos de cesión y de licencia de bienes inmateriales. La redacción de estos dos últimos Capítulos del Título III del Libro Quinto arroja un elevado grado de incertidumbre acerca de cuál es, concretamente, el objeto de los contratos allí tratados.

La rúbrica del Título III, la de sus Capítulos V y VI y el propio contenido de los mismos se refiere expresamente a derechos sobre bienes inmateriales, concepto amplio que englobaría tanto los derechos de propiedad industrial como los derechos de propiedad intelectual (incluidos los derechos de autor, por ejemplo) y otros asimilados a ellos, como los derechos sobre los nombres de dominio, el llamado "know-how" o, incluso, los derechos de las personas a su propia imagen. La regulación conjunta de la cesión y licencia de derechos tan heterogéneos como los citados constituiría, de ser ésta la finalidad del Anteproyecto en este punto, un objetivo extraordinariamente ambicioso, como revela el propio examen de los artículos 535-1 a 536-8, algunas de cuyas disposiciones tienen un difícil acomodo como principios comunes para todas las categorías de bienes inmateriales señaladas.

Aun sin entrar en el análisis del contenido de estos preceptos, una interpretación tan amplia del objeto de los contratos allí regulados no parece evidente a la vista de la explicación que, en relación con los mismos, da la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Señala ésta en su apartado VI-73 que, "aunque el ordenamiento español no desconoce los contratos de cesión y licencia de bienes inmateriales, su regulación resulta dispersa y fragmentaria. Por ello, la tarea realizada para su inclusión en este Código ha consistido básicamente en la reconstrucción sistemática de un marco de regulación unitario y general sobre la base de los distintos elementos normativos ya existentes para las distintas modalidades de propiedad industrial, sin perjuicio de preservar o mantener las disposiciones específicas para cada una de ellas en lo que fuere menester y para cumplir las finalidades que el ordenamiento les asigna".

El párrafo reproducido podría llevar a pensar, como se ha señalado reiteradamente en el trámite de audiencia del expediente, que los "bienes inmateriales" a los que se refieren los Capítulos V y VI del Título III son exclusivamente los derechos de propiedad industrial, cuya regulación tradicionalmente corresponde al Derecho Mercantil (a diferencia de la afecta a otros de los bienes inmateriales mencionados) y que, por tal motivo, define y regula el Título VI del Libro Tercero del propio Código Mercantil (artículos 360-1 a 360-13).

De acuerdo con el artículo 360-1, "son objeto de propiedad industrial los bienes inmateriales constituidos por invenciones, diseños industriales, topografías de productos semiconductores, obtenciones vegetales, signos distintivos de la actividad empresarial y denominaciones de origen" (apartado 1). Los siguientes doce artículos establecen, tal y como señala la Exposición de Motivos, "una serie de criterios o principios generales comunes a las diversas modalidades de protección, tanto nacionales o comunitarias, reconocidas en la legislación vigente"; se contemplan, en particular, la adquisición y validez de los títulos de propiedad industrial, los principios de unidad de registro e indivisibilidad, la oponibilidad a terceros, la indemnización por violación del derecho exclusivo, etc. El artículo 360-10, apartado 4, establece el carácter mercantil de todos los "actos y negocios jurídicos que tengan por objeto derechos de propiedad industrial y las relaciones jurídicas que impliquen el ejercicio de estos derechos".

La regulación de los contratos de cesión y licencia de derechos de propiedad industrial en el Libro Quinto completaría ese conjunto normativo, y no sería demasiado lógico regular los contratos que afectan a este tipo de derechos de forma indiferenciada con los que recaen sobre otros bienes que, aun siendo también de naturaleza inmaterial, tienen unas características claramente diferentes y se rigen por principios distintos a los de la propiedad industrial.

Los artículos 535-1 a 536-8 del Anteproyecto llevan a cabo, como indica la Exposición de Motivos, la "reconstrucción sistemática de un marco de regulación unitario y general sobre la base de los distintos elementos normativos ya existentes para las distintas modalidades de propiedad industrial", partiendo de los principios básicos del régimen jurídico de transmisión y licencia contenidos en los artículos 46 a 50 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas; los artículos 74 a 82 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; los artículos 59 a 62 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial; y los artículos 19 a 26 de la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales. La

extensión de esos principios comunes extraídos, sin perjuicio de sus particularidades propias, de la legislación especial sobre propiedad industrial, a los contratos de cesión y licencia de otros bienes inmateriales que apenas comparten caracteres con aquélla, como la propiedad intelectual o los nombres de dominio, no sería una decisión acertada.

En consecuencia, considera el Consejo de Estado que los referidos artículos 535-1 a 536-8 deberían hacer exclusivamente referencia a los contratos de cesión y licencia que tengan por objeto derechos de propiedad industrial, concepto claramente definido en el artículo 360-1 del propio Anteproyecto, con exclusión del término genérico de "bienes inmateriales".

Si, pese a todo, la voluntad del Anteproyecto fuese efectuar una regulación general de los contratos de cesión y licencia sobre todo tipo de bienes inmateriales (lo que, por lo demás, parece conveniente, por ejemplo, para evitar una aplicación analógica a los mismos de las reglas de la propiedad industrial), el Consejo de Estado considera que aquéllos distintos de los derechos de propiedad industrial requerirían una regulación separada e independiente de la actualmente contenida en estos Capítulos V y VI, aclarándose en todo caso el ámbito de aplicación de unas y otras reglas, dado el nivel de incertidumbre que genera la terminología empleada en este Libro Quinto.

Las anteriores conclusiones deben entenderse sin perjuicio de las observaciones a dichos artículos que a continuación se formularán y de la conveniencia, más arriba apuntada, de tratar estos contratos de forma separada a los contratos de prestación de servicios mercantiles, y no, por tanto, en el Título III del Libro Quinto.

Los artículos 535-2 y 536-3 regulan, respectivamente, el contenido del contrato de cesión y del contrato de licencia de bienes inmateriales. Ambos se inician indicando que cada uno de dichos contratos "deberá contener" los extremos que a continuación se enumeran.

La expresión "deberá contener" sugiere que estos preceptos tienen carácter imperativo, por excepción a la regla general del artículo 411- 1 (carácter dispositivo de las normas reguladoras de los contratos mercantiles). Parece lógico, además, pues carecería de toda utilidad indicar qué es lo que las partes tienen que pactar "salvo pacto en contrario".

La redacción del Anteproyecto arroja, sin embargo, varias dudas sobre esta conclusión inicial. Por una parte, puede ponerse en cuestión el carácter imperativo de dichas normas, en la medida en que no queda claro cuál sería la consecuencia de su inobservancia. Por otra parte, en el caso del contrato de licencia, el segundo párrafo del artículo 536-3, tras citar, dentro del contenido necesario de dicho contrato, "los productos objeto de la licencia" "el territorio al que se extiende la licencia" y "el tiempo por el que se ha cedido el derecho", introduce una serie de presunciones en relación con estos extremos: "Salvo disposición legal en contrario se entenderá que el contrato de licencia comprende la totalidad de los productos y facultades de explotación para todo el territorio sobre el que se extiende el derecho del titular y durante el mismo tiempo, sin posibilidad para el licenciatarario de cederla o de otorgar sublicencias".

En principio, cabe entender que la citada presunción será aplicable en el caso de que tales datos no se detallen en el contrato, lo que haría la previsión del artículo 563-3 dispositiva. De confirmarse tal carácter dispositivo, cabe plantearse la utilidad de una norma meramente indicativa del contenido del contrato.

Por lo demás, ninguno de los dos preceptos referidos incluye en ese contenido necesario del contrato el precio pactado, omisión que debería subsanarse.

El artículo 535-4 establece en su apartado 2 que "el cedente está obligado a poner a disposición del cesionario las habilidades, conocimientos técnicos o secretos que posea en relación con el derecho transmitido y que resulten necesarios para poder proceder a su adecuada explotación".

La referencia a "habilidades, conocimientos técnicos o secretos" podría no tener sentido, por ejemplo, en el caso de cesión de un derecho de marca. Con la finalidad de que lo previsto en este precepto pueda aplicarse a los contratos de cesión de todo tipo de derechos de propiedad industrial, cabe sugerir que se emplee una expresión más general que aluda a cualquier tipo de información, en poder del cedente, que sea necesaria para la explotación del derecho de propiedad industrial en cuestión, sin perjuicio de aludir expresamente también a las "habilidades, conocimientos técnicos o secretos" (precisando que estarían incluidas en la expresión más general), para así evitar cualquier tipo de duda interpretativo y eventual fraude en relación con estas categorías de información.

En línea con la referencia a los conocimientos secretos que el cedente debe, en su caso, transmitirle, de conformidad con el artículo 535-4, el artículo 535-5 establece, en su apartado 2 que "el cesionario a quien se comuniquen conocimientos secretos estará obligado a adoptar las medidas necesarias para evitar su divulgación".

Se ha manifestado en el expediente que carece de sentido imponer esta obligación al cesionario, quien, como nuevo titular del derecho en cuestión, sería el primer interesado en evitar esa divulgación de los conocimientos secretos eventualmente transmitidos por el cedente, divulgación que sólo a él perjudicaría y que, en todo caso, entraría dentro de las facultades que le corresponderían como nuevo titular. No obstante, es también cierto que, en el caso de una cesión de carácter temporal, si ésta fuese posible, sí tendría sentido imponer al cesionario esta obligación de confidencialidad y protección del secreto, una vez extinguida la cesión. En todo caso, más necesario si cabe sería imponer esa misma obligación de reserva al cedente, por lo que puede sugerirse una modificación del precepto en este sentido.

D) Título IV: Los contratos de colaboración

1. Observaciones generales. El Título IV del Libro Quinto regula los llamados "contratos de colaboración": el contrato de comisión, el contrato de agencia, el contrato de mediación mercantil y el de participación. Llama la atención que en la última versión del Anteproyecto hayan desaparecido de este elenco los contratos de distribución, para los que se proyectó una amplia regulación, tan aplaudida como criticada en el expediente.

Tales contratos de distribución son, en su mayor parte, y sin perjuicio de algunas normas que les son puntualmente aplicables, contratos atípicos, esenciales en el actual tráfico mercantil y, pese a ello, carentes de una regulación legal que defina mínimamente su contenido jurídico obligacional.

Esta laguna se colma principalmente acudiendo a la práctica mercantil, pues los distintos contratos de distribución disfrutaban ya de una cierta estandarización en el tráfico, pero ello no impide que con frecuencia haya de recurrirse también al Derecho general de los contratos, a la regulación de contratos afines, a las indicaciones de la doctrina y, por supuesto, a la jurisprudencia. También el Derecho de la competencia - nacional y europeo- ocupa un lugar preferente en la regulación del contenido de estos contratos, dada su frecuente incidencia en el desarrollo de la libre competencia. Pese a la riqueza de todas estas fuentes y, en particular, a los abundantes y prolijos pronunciamientos jurisprudenciales en relación con estos contratos, su regulación positiva sigue constituyendo una tarea pendiente para el legislador. Buena prueba de ello es el peculiar estado de cosas creado tras la disposición final cuarta de Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

Meses antes de la aprobación de esa Ley 7/2011, la disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible introdujo una disposición adicional primera en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, disposición que tenía por objeto regular, con carácter imperativo, los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales. Sin perjuicio de establecer

algunas reglas especiales, señalaba la citada disposición adicional primera que "hasta la aprobación de una Ley reguladora de los contratos de distribución, el régimen jurídico del contrato de agencia previsto en la presente Ley se aplicará a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales". Poco tiempo después, sin embargo, la referida disposición final cuarta de Ley 7/2011 estableció que "hasta la entrada en vigor de la Ley de contratos de distribución comercial, que será dictada conforme a lo previsto en la Disposición adicional undécima de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, por la que se modifica la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, no será aplicable y no producirá efectos jurídicos".

A la vista de esta situación, el Consejo de Estado no puede sino subrayar la conveniencia de resolver cuanto antes la situación creada con estas reformas legales, cuya prolongación resulta altamente perjudicial desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

La evidente dificultad que reviste codificar el contenido de contratos de naturaleza tan diversa como los que pueden incluirse bajo la rúbrica general de "contratos de distribución" no constituye, a juicio de este Consejo, excusa suficiente para postergar la aprobación de una regulación legal que ha sido ya formalmente anunciada por el legislador y cuya necesidad ha sido subrayada en ocasiones por la propia jurisprudencia (en este sentido, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1999: "Ha sido esta Sala de Casación Civil la que ha ido precisando la naturaleza, alcance y contenido obligacional de estos especiales contratos, y urge que los legisladores atiendan y provean de la normativa conveniente"). Dicho esto, la inclusión de esta regulación en el futuro Código Mercantil puede ser conveniente, dada la importancia de este tipo de contratos en el tráfico.

2. El contrato de comisión. Los artículos 541-1 y siguientes del Anteproyecto regulan el contrato de comisión mercantil siguiendo en líneas generales la regulación del vigente Código de Comercio, si bien con algunas novedades dignas de mención, como por ejemplo la posibilidad de autoentrada del comisionista cuando el encargo recibido se ejecute en un mercado oficial o reglamentado o cuando tuviere instrucciones precisas y concretas del comitente (artículo 541-8.1), o la inversión de la regla del artículo 267 del Código de Comercio respecto a la posibilidad de aplicaciones, que el Anteproyecto admite como regla general "salvo prohibición expresa del comitente" (artículo 541-9).

El artículo 541-5 se refiere a la posibilidad de delegación por parte del comisionista. El precepto se abre con una clara prohibición de tal posibilidad ("El comisionista deberá cumplir la comisión por sí mismo y no podrá delegarla en otra persona"); sin embargo, hay que tener en cuenta que esta previsión tiene, en aplicación de la regla general del artículo 411-1, carácter dispositivo, por lo que en todo caso habrá de entenderse sin perjuicio de pacto en contrario. Ello justifica el que, a continuación, el propio artículo prevea las consecuencias de esa posible excepción a la prohibición de delegación. Ahora bien, al no precisarse nada al respecto, la segunda frase del apartado 1 y el apartado 2 pueden percibirse como contradictorias con el principio del precepto.

Así, el apartado 1, tras decir expresamente que el comisionista no puede delegar, añade que "si lo hiciere, responderá directamente de las gestiones del sustituto y de las obligaciones contraídas por éste, a no ser que el comitente las aceptara como propias". La lectura del apartado 2 (reproducción del vigente artículo 262 del Código de Comercio) aclara que la delegación es posible cuando se autorice por el comitente, al señalar lo siguiente: "Autorizada la delegación, el comisionista responderá de las gestiones del sustituto si hubiese quedado a su elección la persona en quien delega; en otro caso cesará su responsabilidad". A la vista de lo anterior, entiende el Consejo de Estado que sería preferible precisar en el apartado 1 del artículo 541-5 que la prohibición de delegar queda excepcionada si es autorizada por el comitente, tal y como hace el artículo 261 del Código de Comercio.

El artículo 541-7 del Anteproyecto regula la responsabilidad del comisionista. Se trata, sobre todo, de reglas de responsabilidad frente al comitente, pero omite, sin embargo algunas reglas de responsabilidad frente a terceros que sí contiene la actual regulación del Código de Comercio.

Así, por ejemplo, el apartado 4 del artículo 541-7 establece que "el comisionista que en el desempeño de su encargo se atenga a las instrucciones que reciba de su comitente y que respete las disposiciones legales quedará exento de toda responsabilidad frente a éste"; no se contempla, sin embargo, cuál es el régimen de responsabilidad en caso de que el comisionista actúe en violación de las normas legales pero siguiendo órdenes del comisionista, como hace el artículo 259 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual "el comisionista deberá observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Si hubiere procedido en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambos".

3. El contrato de agencia. La disposición derogatoria única, apartado 2.6º, del Anteproyecto, deroga la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, cuyo contenido se inserta, con algunas modificaciones, en el Capítulo II del Título IV del Libro Quinto.

Al igual que las disposiciones de la Ley 12/1992 (artículo 3.1), las normas de este Capítulo II tienen, por excepción a la regla general del artículo 411-1, carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga otra cosa. Esta imperatividad viene en gran parte determinada por el hecho de que numerosos aspectos de la regulación del contrato de agencia tienen origen en las disposiciones de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, incorporada al ordenamiento español por la citada Ley 12/1992.

Pero el Anteproyecto incrementa incluso el grado de imperatividad de la regulación legal de este tipo contractual, introduciendo mayor rigidez en algunos puntos, para los que se elimina la posibilidad, sí contemplada en la Ley 12/1992, de pacto en contrario. Tal es el caso del artículo 542-7, relativo a la actuación por cuenta de varios empresarios, que suprime la posibilidad de pactar cláusulas de exclusividad, contemplada en el artículo 7 de la Ley vigente; el artículo 542-18, que elimina la posibilidad de pactar el reembolso al agente de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional, a diferencia de lo previsto en el artículo 18 de la Ley 12/1992; el artículo 542-25, que convierte también en regla totalmente imperativa la fijación del final del plazo de preaviso, a efectos de la extinción del contrato por tiempo indefinido, en el último día del mes. La rigidez introducida con estas previsiones puede resultar excesiva en algunos casos, como luego se observará, y no siempre ha sido adecuadamente justificada. Sorprende, en este sentido, la afirmación de la Exposición de Motivos de que "se ha incorporado íntegramente y sin cambios sustanciales la Ley 12/1992", sin ninguna precisión adicional.

El artículo 542-1 reproduce la noción del contrato de agencia actualmente contenida en el artículo 1 de la Ley 12/1992, con algunas precisiones para adaptarla al criterio de mercantilidad del Anteproyecto: así, una referencia a la realización de "alguna de las actividades enumeradas en el artículo 001-3 de este Código". La remisión que el precepto hace al artículo 001-3 resulta equívoca e innecesaria, pues esta última disposición establece el carácter mercantil de los contratos "en que intervenga un operador del mercado sujeto al Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo". En él no se contiene, por tanto, la lista de actividades a que se refiere la remisión del artículo 542-1, remisión que debería hacerse directamente al artículo 001-2, pues es éste el que define las actividades que realiza un "operador del mercado" a los efectos de su sujeción al Código Mercantil. Por lo demás, han de darse aquí por reproducidas las observaciones generales en relación con los inconvenientes que puede implicar el empleo de la noción de "operador del mercado" en la determinación del ámbito de

aplicación de las normas mercantiles; en este caso, en particular, para la definición del contrato mercantil de agencia.

En otro orden de cosas, cabe realizar algunas precisiones en relación con la posibilidad de aplicación de la normativa europea en materia de restricciones verticales, pues la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) ha señalado en su informe que, al admitir el Anteproyecto la existencia de contratos de agencia en los que el agente asume por pacto expreso el riesgo y ventura de las operaciones, podrían darse problemas de coordinación con el concepto de contrato de agencia que maneja la Comisión europea a efectos de definir la aplicabilidad del artículo 101.1 del TFUE.

Efectivamente, el artículo 542-1 del Anteproyecto prevé, tal y como hace el artículo 1 de la vigente Ley 12/1992, que el agente no asume, "salvo pacto en contrario", el riesgo y ventura de las operaciones que se le encomiendan, idea que desarrolla el artículo 542-19, al disponer que "el pacto por cuya virtud el agente asuma el riesgo y ventura de uno, de varios o de la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, será nulo si no consta por escrito y con expresión de la comisión a percibir". De esta forma, si bien la no asunción del riesgo por el agente constituye, como regla general, una de las características definitorias del contrato de agencia, el ordenamiento jurídico español permite a las partes libremente pactar formalmente esa asunción de riesgos cuando así lo consideren conveniente, siempre que lo hagan por escrito y con expresión de la comisión a percibir.

La falta de coordinación conceptual a la que se refiere la CNMC radica en que los acuerdos verticales entre el agente y el principal se consideran generalmente excluidos del ámbito de aplicación de las reglas del artículo 101.1 del TFUE, pero tal exclusión está condicionada a que sea el principal quien soporte los riesgos comerciales y financieros relacionados con las operaciones que encomienda al agente. Así se establece expresamente en las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales (Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2010 [SEC (2010) 411 final]), cuyo punto 13, entre otros, precisa que "el factor determinante para la definición de un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 1, es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal". En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia, disponiendo, de forma más concreta, que un contrato de agencia puede entrar dentro del ámbito de aplicación del referido artículo 101.1 TFUE (antiguo artículo 81.1 CE) si el agente "asume, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales" relativos a la venta de los productos a terceros (en este sentido, véanse las sentencias del TJCE de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, asunto C-217/05, Rec. p. I-11987; y de 11 de septiembre de 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA, asunto C-279/06, Rec. p. I-6681).

A la vista de lo anterior, cabe concluir, tal y como señala la CNMC, que existe la posibilidad de que contratos considerados típicamente como de agencia por el Código Mercantil no lo sean a efectos de la normativa sobre competencia. La CNMC propone, por ello, incluir en el futuro Código Mercantil "una previsión que salvaguarde la aplicación de la normativa de la competencia en la determinación de la posible condición de operador económico independiente del calificado por el contrato como agente, en los supuestos en que éste asuma riesgos financieros o comerciales significativos, conforme a la jurisprudencia comunitaria". Considera el Consejo de Estado, sin embargo, que una previsión de este tipo resulta innecesaria y podría en algún caso inducir a confusión.

Como en tantas ocasiones, el ámbito de aplicación de las normas europeas aparece definido por un "concepto autónomo" del Derecho de la Unión: en este caso, por un concepto autónomo de "contrato de agencia", cuyos contornos han sido perfilados por la jurisprudencia y, de forma más concreta, por las citadas Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales. El Derecho europeo de la competencia no obliga a una armonización de los tipos contractuales; la legislación española es libre de definir como quiera el contrato de agencia, pues esa definición de la normativa nacional no impedirá la aplicación de las normas comunitarias en el ámbito que ellas mismas determinan. La

inclusión de una referencia expresa a la aplicabilidad de las reglas europeas sobre restricciones verticales en caso de pactos por asunción de riesgos significativos por el agente resulta, por tanto, innecesaria.

Pero, además, una previsión de este tipo no estaría exenta de dificultades y podría generar confusión. En primer lugar, habría que plantearse en qué términos se efectúa la remisión a las reglas sobre restricciones verticales. La definición del ámbito de aplicación de dichas reglas depende, por lo que aquí afecta, del concepto "autónomo" de agencia que a estos efectos emplea el Derecho de la Unión, concepto que actualmente está delimitado en la jurisprudencia y en las Directrices de la Comisión. Sin embargo, la remisión a las Directrices de la Comisión no parece propia de un Código Mercantil, dada la particular naturaleza de estas normas de soft law europeo, y una referencia a la asunción de "riesgos significativos" por parte del agente, reproduciendo el criterio de la jurisprudencia, correría el riesgo de resultar a largo plazo insuficiente o inexacta, si el Tribunal de Justicia precisase en el futuro ese criterio. Además, su incorporación a una norma nacional podría dar la impresión de que ese elemento definitorio -que es, como ya se ha señalado, parte del concepto autónomo de agencia en el Derecho de la Unión- puede ser objeto de libre interpretación por las autoridades nacionales, lo que sería erróneo.

A la vista de estos inconvenientes, el Consejo de Estado considera preferible no hacer referencia a la aplicabilidad de las normas europeas sobre restricciones verticales a determinados contratos de agencia "impropios", una consecuencia ineludible que vendrá determinada directamente por lo previsto en el ordenamiento de la Unión.

Además, una previsión de este tipo podría generar confusión, pues no hay que olvidar que existen algunas operaciones relacionadas con el contrato de agencia que estarán en todo caso sujetas a las reglas sobre restricciones verticales (en este sentido, el punto 19 de las Directrices dispone que "además de regular las condiciones de venta o compra de bienes o servicios objeto del contrato por parte del agente por cuenta del principal, los acuerdos de agencia incluyen a menudo cláusulas referidas a las relaciones entre ambas partes. En concreto, es posible que contengan cláusulas que prohíban al principal designar otros agentes para un determinado tipo de transacción, cliente o territorio (cláusulas de exclusividad) o que prohíban al agente actuar como agente o distribuidor de empresas competidoras del principal (cláusulas de marca única). Puesto que el agente es una empresa distinta del principal, las disposiciones que se refieren a la relación entre el agente y el principal pueden infringir el artículo 101, apartado 1"); asimismo, hay casos en los que, aun existiendo una asunción total de riesgos por parte del principal, se considera que el acuerdo de agencia puede también entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE si tal acuerdo facilita la colusión (punto 20 de las Directrices).

En otro orden de cosas, el artículo 542-18 establece que "el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional". Esta regla, contenida también en el vigente artículo 18 de la Ley 12/1992, es consecuencia natural de la tradicional concepción del agente como empresario independiente (artículo 542-2). Llama la atención, sin embargo, que el Anteproyecto, a diferencia del artículo 18 de la Ley vigente, haya atribuido a esta regla un carácter imperativo absoluto, excluyendo la posibilidad de pactar expresamente con el principal la asunción por éste de determinados tipos de gastos (por ejemplo, algunos de carácter extraordinario, distintos de los normales de funcionamiento de la empresa del agente). No consta en el expediente la eliminación de esta posibilidad de pacto en contrario, que no parece ir en contra de la naturaleza del contrato de agencia, caracterizado por la asunción de los riesgos por el principal.

El artículo 542-25 regula la extinción del contrato de agencia por tiempo indefinido, estableciendo un plazo de preaviso para su denuncia unilateral. El apartado 6 incorpora a estos efectos una importante precisión, al disponer que "el incumplimiento por una de las partes de lo establecido en este artículo en relación con el preaviso dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha causa". Se colma así una laguna de la vigente Ley, que no prevé las consecuencias del

incumplimiento del plazo de preaviso. Ahora bien, en línea con los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a tales consecuencias, sería conveniente precisar también en qué términos esta indemnización es compatible con la indemnización por clientela que establece el artículo 542-28 y con la indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 542-29 (en relación con este extremo, por ejemplo, STS de 19 de diciembre de 2005) o los criterios para fijar su cuantía (por ejemplo, en cuanto afecta al agente, la pérdida de comisiones durante el plazo de preaviso que debió respetarse: STS de 16 de mayo de 2007).

4. El contrato de mediación mercantil. Debe valorarse muy positivamente la inclusión en el Anteproyecto de una regulación de la mediación mercantil, una figura de gran importancia práctica en el tráfico comercial y que, sin embargo, carece hasta el momento de una regulación propia. No existen, efectivamente, reglas sobre la mediación o corretaje en el Código de Comercio, pero tampoco en el Código civil, lo que obliga a acudir a la jurisprudencia y a los usos para resolver las dudas que frecuentemente suscita la interpretación de lo convenido entre las partes.

Ahora bien, el artículo 544-1, que contiene la "noción" de "mediación mercantil" no precisa de forma expresa cuál es el criterio aplicable para atribuir carácter mercantil a un contrato de mediación, más allá de prever, en su apartado 2, que "se considera mediador al operador del mercado (...)". Dado que la rúbrica de este Capítulo IV se refiere expresamente a, contrato de mediación mercantil, y que el artículo 544-6 establece que las distintas modalidades del contrato de mediación, cualquiera que sea su denominación, se regirán -en defecto de ley que les sea expresamente aplicable- por lo dispuesto en dicho Capítulo, sería conveniente aclarar cuál es el criterio concreto de mercantilidad en este caso.

El Anteproyecto introduce importantes novedades en relación con los criterios jurisprudencialmente establecidos sobre la retribución del mediador.

Dispone el precepto, en primer lugar, que dicha retribución del mediador "consistirá en una comisión que percibirá de ambas partes" (apartado 1). El Consejo de Estado comparte las dudas manifestadas por el informe de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con este régimen de pago de la comisión del mediador, en la medida en que da por supuesto que el encargo lo recibe siempre de las dos personas a las que pone en relación (artículo 542-1.2) en lugar de una sola, como de hecho es más frecuente en la práctica. A la vista de lo anterior, convendría revisar la redacción de este apartado 1 del artículo 544-3, de modo que el pago de la comisión por las dos partes del contrato finalmente concluido proceda sólo cuando así se haya pactado expresamente. De no acogerse la anterior observación, habría que realizar algunos ajustes de redacción. En principio, ha de entenderse que el precepto se refiere a las dos partes del contrato que se celebre gracias a la mediación; sin embargo, la terminología resulta confusa, pues en el artículo 544-1 se hace referencia a quien encarga la mediación al mediador (el cliente) como "la otra parte", y a quien contratará con ésta en el futuro, gracias a la labor de corretaje, como "un tercero". En todo caso debería, por tanto, aclararse que la retribución se pagará por la otra parte del contrato de mediación y el tercero con quien concluya el correspondiente contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Estado comparte las dudas manifestadas por el informe de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con este régimen de pago de la comisión del mediador, en la medida en que da por supuesto que el encargo lo recibe siempre de las dos personas a las que pone en relación (artículo 542-1.2) en lugar de una sola, como de hecho es más frecuente en la práctica. A la vista de lo anterior, convendría revisar la redacción de este apartado 1 del artículo 544- 3, de modo que el pago de la comisión por las dos partes del contrato finalmente concluido proceda sólo cuando así se haya pactado expresamente.

El apartado 2 de este artículo introduce también importantes novedades en relación con el pago de la comisión, al establecer que "el mediador tendrá derecho a la remuneración aun cuando la mediación no hubiera dado resultado, siempre que hubiera desplegado una actividad y diligencia normal en el ejercicio de la mediación". Una

asentada jurisprudencia viene manteniendo hasta la fecha la procedencia de la remuneración al mediador únicamente cuando se haya concluido el contrato objeto de la mediación (STS de 30 de marzo de 2007, por ejemplo), y sólo si esa conclusión es consecuencia de la mediación realizada por el corredor (STS de 30 de abril de 2007), debiendo identificarse a estos efectos un nexo causal entre el perfeccionamiento del contrato y la actividad del mediador.

A falta de una justificación expresa de la razón que podría llevar al legislador a modificar esta regla, entiende el Consejo de Estado que el derecho del mediador a una remuneración, cuando su actividad no haya dado resultado, no se acomoda bien a la práctica actual del tráfico mercantil. Por tal motivo, debe reconsiderarse la previsión del referido apartado 2, especialmente si se tiene en cuenta que esa remuneración quedaría sujeta, en principio, al mismo régimen que la retribución a percibir en caso de que la mediación tenga éxito: en particular, a su satisfacción por "ambas partes", lo que parece en todo caso inadecuado. Por lo demás, hay que recordar que nada impediría a las partes pactar ese derecho a retribución por la simple actuación con la diligencia normal.

E) Título V: El contrato de depósito mercantil

Basta comentar al respecto que el artículo 551-1, que contiene la noción del contrato de depósito, no indica que el sujeto obligado a custodiar las cosas que entregue el depositante es el depositario.

F) Título VI: El contrato de transporte

El Título VI se refiere brevemente a los contratos de transporte terrestre, marítimo y aéreo, si bien a los meros efectos de remitir su regulación a la correspondiente legislación específica, que identifica, respectivamente, como "Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías", "Ley de Navegación Marítima" y "Ley de Navegación Aérea". La Exposición de Motivos, de forma más concreta, señala que estos contratos se regirán por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, y la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, así como las demás disposiciones que sean aplicables.

No parece adecuado, en primer término, hacer referencia en la Exposición de Motivos del Código a las leyes concretas reguladoras de estos contratos. El Código Mercantil debe tener vocación de perdurar en el tiempo, y las leyes sectoriales no siempre son tan duraderas; por tanto, aun cuando algunas de las normas citadas sean muy recientes, sería preferible mantener la referencia genérica a la legislación sectorial de cada tipo de transporte, tal y como se hace en los artículos 561-1, 562-1 y 563-1.

La Exposición de Motivos no indica por qué razón se ha optado por esta mera remisión, sacrificando la regulación de estos contratos que sí realizaban las versiones anteriores del Anteproyecto, pero, como se subrayó en la consideración cuarta del presente dictamen, cabe suponer que en la adopción de esta decisión se ha tenido en cuenta, por una parte, el hecho de que se está ante tipos contractuales bien delimitados y dotados de una regulación bien conocida, respecto a los que el contraste con los principios de índole general podría no tener una contribución demasiado relevante (letra B) de la consideración cuarta); y, por otra parte, el que al desgajar de las correspondientes Leyes los preceptos mercantiles, dejándolas circunscritas a los preceptos jurídico-públicos, podría transmitirse la falsa apariencia o impresión de estar ante una cierta desregulación de tales mercados.

Con la evidente excepción de la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías, cuyo contenido es fundamentalmente contractual, la referida legislación sectorial en materia de transportes es tanto jurídico-pública como jurídico-privada. Aunque las disposiciones relativas a los contratos constituyen un bloque bien diferenciado dentro de cada una de las citadas leyes, forman un todo unitario con la regulación de naturaleza administrativa, por lo que no parece conveniente escindir las normas contractuales de las jurídico-públicas que, en todo caso, condicionan el

contenido y el desenvolvimiento de dichos contratos. La inclusión de una referencia a los mismos en el futuro Código, aun con una simple remisión a la legislación sectorial, parece sin embargo importante a efectos de clarificar su naturaleza mercantil.

G) Título VII: Los contratos financieros

1. Disposiciones generales. Con carácter general, merece una valoración positiva el esfuerzo realizado para regular en el futuro Código los llamados contratos financieros, muchos de los cuales, aunque muy frecuentes en la práctica, carecen de una regulación positiva en la actualidad.

A juicio del Consejo de Estado, sin embargo, no tiene utilidad la noción general de estos contratos contenida en el artículo 571-1, habida cuenta que el Capítulo en el que este precepto se incardina no contiene más disposiciones de carácter general, aplicables a todos los contratos financieros, y que la definición que se ofrece se ajusta mal a las características de algunos de los contemplados en este Capítulo, como el propio depósito de dinero, que, en principio, no tiene como finalidad la concesión de financiación.

2. El contrato de depósito de dinero. El artículo 572-5 contiene una serie de disposiciones aplicables en caso de concurso del depositario; en particular, el apartado 2 se refiere a los casos en que el depositario sea una entidad de crédito autorizada para captar depósitos del público. Este precepto introduce novedades importantes en el actual régimen concursal de las entidades de crédito, en la medida en que se confiere un rango especial a los créditos de ciertos depositantes, disponiendo que "tendrán carácter de créditos con privilegio especial, que se satisfarán con preferencia a los demás créditos privilegiados del artículo 91 de la Ley Concursal:

Los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos de las entidades de crédito y los derechos en que se haya subrogado dicho Fondo si hubiera hecho efectiva la garantía. El exceso sobre el importe garantizado de los depósitos a que se extiende la garantía del referido Fondo, de los que sean titulares las personas físicas y las personas jurídicas, que tengan la condición de micro, pequeñas o medianas empresas, conforme a la normativa de la Unión Europea. El exceso de los depósitos de las personas jurídicas que no reúnan dicha condición se consideran, a efectos concursales, créditos ordinarios.

Los depósitos de las personas físicas y de las personas jurídicas que tengan la condición de micro, pequeñas o medianas empresas, conforme a la normativa de la Unión Europea; a los que se extendería la garantía del Fondo si no estuvieran constituidos a través de sucursales situadas fuera de la Unión Europea".

La modificación del régimen de prelación de créditos en este caso ha sido criticada por algunas de las entidades intervinientes en el expediente. A juicio del Consejo de Estado, sin embargo, la redacción del artículo 572-5, apartados 2 y 3, satisface en línea de principio las exigencias de transposición del artículo 108 de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) no 1093/2010 y (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo. No se observan, en consecuencia, objeciones a la redacción de este artículo; sin embargo, cabe plantearse la conveniencia de incluir esta prelación especial en la propia legislación concursal. En otro caso, entiende el Consejo de Estado que habría que citar expresamente la referida Directiva 2014/59, ya en vigor, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, cuyo apartado VI-103 sólo se refiere, de forma genérica, a "la normativa europea sobre rescate y resolución de las entidades de crédito".

3. El contrato de préstamo mercantil. El Anteproyecto incurre en ciertas incoherencias en la delimitación del contrato mercantil de préstamo, pues si el artículo 573-1 lo define como aquél por el que "el prestamista se obliga a entregar al prestatario

una determinada suma monetaria (...)", el artículo 573-2, relativo a las obligaciones del prestamista, habla de "poner a disposición del prestatario la suma monetaria objeto del préstamo", contradiciendo lo establecido en el artículo anterior y borrando las diferencias con otro contrato mercantil, el contrato de apertura de crédito, que el propio Anteproyecto define, en su artículo 574-1, como aquél por el que el acreditante se obliga "a poner a disposición de la otra parte, acreditado, una suma o sumas monetarias (...)". El artículo 573-2 debería, por tanto, referirse a la obligación del prestamista de "entregar al prestatario la suma monetaria objeto del préstamo".

Varios organismos y entidades intervinientes en el trámite de audiencia han formulado diversas objeciones, que el Consejo de Estado comparte, a la regulación del interés del préstamo en el artículo 573-6.

Tal y como ha observado el Consejo General del Notariado, no parece propio de una norma de la naturaleza del Código Mercantil referir, siquiera sea de modo ejemplificativo y, en todo caso, con carácter dispositivo, las funciones que cumple el tipo de interés en el préstamo de dinero, tal y como hace el apartado 1 del artículo 573-6. En particular, en la práctica puede plantear problemas la previsión de que el interés, además de constituir la retribución efectiva por el dinero prestado, compensa también "la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y costes que asume el prestamista", conceptos que en algunos casos se satisfacen, previo pacto, mediante el abono de comisiones.

En el artículo 573-7 se percibe de nuevo cierta inexactitud en la utilización de los términos de "entrega" y "puesta a disposición" de la suma monetaria prestada. El precepto aquí comentado establece que "el interés comienza a devengarse desde el momento en que se produce la entrega o puesta a disposición del capital al prestatario", lo que no parece del todo exacto, pues por regla general ese devengo sólo debería producirse a partir de la entrega y, por tanto, la efectiva utilización de los fondos objeto del préstamo por parte del prestatario, y no por la simple puesta a disposición de los mismos, hecho que puede determinar el abono de algún tipo de comisión, pero no del interés propiamente dicho.

El Anteproyecto prevé la figura del llamado préstamo participativo, en el que las partes, por convenio expreso, pueden establecer una retribución ligada a la evolución de la actividad del prestatario. El artículo 573-10 establece, expresamente, que "por convenio expreso de las partes podrá establecerse que la retribución del prestamista consista, en todo o en parte, en un porcentaje de beneficio que obtenga el prestatario en la actividad para la que se destinen los fondos prestados, o de su volumen de negocio, o en un margen del aumento de valor que experimente el patrimonio de éste, en un determinado plazo". El carácter dispositivo del precepto lleva a la conclusión de que la enumeración es de carácter ejemplificativo, por lo que las partes podrá pactar cualesquiera otros intereses ligados a la evolución de la actividad del prestatario (o incluso desligados de la misma, como permite expresamente a continuación este mismo artículo 573-10.1). Dado el tenor de la redacción del artículo, para no inducir a confusión, sería preferible incluir una cláusula genérica de cierre que indique el citado carácter ejemplificativo.

De acuerdo con el artículo 573-11, "podrán pactarse los intereses del préstamo sin limitación alguna, siempre que, atendidas las circunstancias de mercado y el riesgo que asume el prestamista, el préstamo no resulte usurario" (apartado 1) y "en todo caso se reputará usurario el préstamo en que se declare recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada" (apartado 2).

El concepto de préstamo usurario está contenido en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, una norma legal centenaria cuyas disposiciones se encuentra todavía hoy en su gran mayoría vigentes, pero algunas sólo formalmente, por haber caído completamente en desuso o por ser contradictorias con la legislación vigente (por ejemplo, el artículo 4, que se refiere a contratos anteriores a la promulgación de la Ley, pero también los artículos 5, 6 o 7, las previsiones o sobre

préstamos concedidos a menores o incapacitados de los artículos 10 y 11, o la tipificación de infracciones penales que hace el artículo 14).

Sería conveniente aprovechar la redacción del nuevo Código Mercantil para derogar por completo esta Ley de 1908, incorporando al Código aquellas de sus previsiones que todavía tienen razón de ser, como los supuestos de préstamos usuarios previstos en su artículo 1 (más amplios que los recogidos en el reproducido artículo 573-11: "Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias"). De igual modo, habría que incorporar al Código las previsiones sobre consecuencias de la nulidad del contrato usurario (artículo 3 de la Ley de 1908).

Esa tarea de incorporación al proyectado nuevo Código Mercantil de la citada Ley de 1908 debería incluir una definición de qué deba entenderse por usura o una fijación de los criterios y factores que deberán tenerse en cuenta para poder calificar de usurarios a determinados intereses. En ese sentido, a la luz de la evolución de la contratación en el moderno tráfico y teniendo en cuenta las consideraciones que se apuntaron a propósito de la necesidad de delimitar adecuadamente los derechos y obligaciones de las partes que intervengan en los contratos de los que se ocupe ese nuevo Código, entiende este Consejo que la proyectada legislación debe permitir valorar previsiones contractuales indirectas que pueden desembocar en que los intereses finales resultantes sean calificados de abusivos y, en el límite, incluso de usurarios. En ese sentido, es especialmente reveladora la problemática planteada en torno a las llamadas cláusulas "suelo" y "techo".

4. El contrato de crédito documentario. Otro de los contratos para los que el Anteproyecto crea una normativa legal de nuevo cuño es el contrato de crédito documentario, regulado en los artículos 575-1 a 575-4. Sin perjuicio de estas nuevas reglas específicamente aplicables, el apartado 3 del artículo 575-1 prevé la aplicación supletoria y salvo pacto en contrario de las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentarios aprobados por la Cámara Internacional de Comercio vigentes en el momento de la emisión del crédito, reglas que se aplicarán también para interpretar los preceptos del propio Código relativos a este contrato.

Esta referencia reviste gran importancia, en la medida en que, si bien las referidas Reglas y Usos Uniformes vienen siendo empleados por la jurisprudencia, no pueden calificarse como Ley, y tampoco reúnen los requisitos para ser consideradas como costumbre o uso mercantil en sentido estricto a los efectos de aplicarlas como fuente supletoria al amparo del artículo 2 del Código de Comercio. El precepto referido cubre así una importante laguna, lo que no puede sino elogiarse.

Por esta razón, procedería hacer una referencia a esta novedad en la Exposición de Motivos, cuyo apartado VI-106 dispone que "se han incorporado al Código los criterios básicos establecidos en las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para los créditos documentarios, tan utilizados en el tráfico mercantil", a lo que cabría añadir "y a los que se atribuye carácter de fuente supletoria en relación con este tipo de contratos".

La citada referencia a la incorporación de los criterios básicos establecidos en las Reglas y Usos Uniformes de la CCI se contradice con la posibilidad, contemplada en el artículo 575-2, de pactar la revocabilidad del crédito documentario, una posibilidad no contemplada en las referidas Reglas y Usos Uniformes, que conceptúan en todo caso como irrevocable el referido crédito. Por esta razón y, en particular, por la inseguridad jurídica que supondría la validez de tales pactos de revocabilidad, el Consejo de Estado considera, como también ha manifestado la Asociación Española de Banca, que sería

preferible limitar el posible pacto a la transferibilidad, eliminado el pacto de revocabilidad del apartado 1 y suprimiendo el apartado 2 del artículo aquí comentado.

5. El contrato de arrendamiento financiero (leasing). La regulación del contrato de leasing o arrendamiento financiero constituye una relativa novedad, pues aunque algunos aspectos están ya contemplados en la disposición adicional primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (especialmente, aspectos adjetivos, relativos a la inscripción registral y a los procedimientos de ejecución) y, especialmente, en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, el Anteproyecto ofrece ahora una normativa más completa del contenido del contrato.

No obstante, algunas de las entidades que han participado en el trámite de audiencia han subrayado que la nueva regulación proyectada sigue siendo insuficiente, y lo cierto es que se ha eliminado una parte importante de los preceptos que figuraban en versiones anteriores del Anteproyecto, sin que consten en el expediente las razones de esta decisión, por lo que puede recomendarse revisarla.

El artículo 576-1 ofrece una noción del arrendamiento financiero que no coincide totalmente con la contenida en la citada disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, que el Anteproyecto no deroga. En primer término, por tanto, debería procederse a la derogación de la citada disposición adicional, con integración en el texto del Código Mercantil de las cuestiones allí contempladas que no se incluyan ya, para evitar la subsistencia de dos normas definitorias y contradictorias del mismo contrato.

Uno de los puntos de contradicción entre la definición del leasing que realiza la Ley 26/1988 y la que contiene el Anteproyecto de Código Mercantil es el relativo a la caracterización del derecho de opción de compra. Frente a la disposición transitoria séptima de la Ley 26/1988, en la que se establece expresamente que "el contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario", el artículo 576-1 dispone simplemente que "los contratos de arrendamiento financiero podrán incorporar un derecho de opción de compra ejercitable al finalizar el contrato". Tanto la Asociación Española de Banca como la Asociación Española de Leasing y Renting han criticado esta opción legislativa, que implica un alejamiento del concepto tradicional del arrendamiento financiero, en el que la opción de compra constituye un requisito esencial. Por esta razón, y en todo caso sin perjuicio del inadecuado solapamiento de esta definición con la prevista en la Ley 26/1988, el Consejo de Estado considera que debería reconsiderarse la redacción del artículo 576-1 en este punto.

En la letra e) de este artículo falta el adjetivo "financiero" tras "arrendamiento".

6. Las cesiones financieras de créditos. El artículo 511-1 define las cesiones financieras de créditos mercantiles; a tales efectos, realiza una enumeración de condiciones, presumiblemente acumulativas, aunque debería precisarse expresamente.

Entre ellas, se incluye, en la letra f), la consistente en acreditar "que el cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito antes de su vencimiento, cuando se haya pactado que el cesionario no responde frente al cedente de la solvencia del deudor". Esta última parte de la letra f) parece incluir una errata, pues lógicamente debería referirse a la posibilidad de pactar que el cedente responda frente al cesionario de la solvencia del deudor, y no a la inversa, por lo que debería corregirse la redacción del precepto.

El artículo 577-2 presenta también algunos defectos de redacción, pues resulta confusa la referencia a "las presentes cesiones, reguladas en esta Sección", pues la Sección 1ª, en la que se encuentra el referido precepto, contiene una serie de disposiciones generales aplicables a todas las cesiones financieras de créditos reguladas en el Capítulo VII del Título VII. Carece de sentido, por tanto, hacer referencia a las cesiones reguladas en la Sección 1ª; sería más coherente hablar de las cesiones reguladas en "este Capítulo". Por otra parte, y en todo caso, sería más correcto eliminar el adjetivo "presentes", así como la coma detrás de la palabra "cesiones".

La noción del contrato de factoraje que ofrece el artículo 577- 10 se caracteriza por definirlo como una cesión de créditos del proveedor al factor, pudiendo éste asumir "todas o algunas de las obligaciones siguientes: a) La gestión de su cobro. b) Financiar al proveedor. c) Asumir el riesgo de insolvencia de los deudores".

Ciertamente, el factoring suele identificarse por referencia a estas tres funciones básicas, pero es también habitual en la doctrina y en la propia jurisprudencia conferir carácter prevalente en la definición del contrato a la función de gestión de los créditos y a la función de financiación; la asunción del riesgo de insolvencia es otra obligación que puede asumir el factor, pero difícilmente puede definir por sí sola esta modalidad contractual (véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007). La noción contenida en el artículo 577- 10 sitúa en pie de igualdad estos tres tipos de obligaciones, lo que debería corregirse, pues no parece que la gestión del cobro de los créditos pueda considerarse una más de las obligaciones del factoraje, al mismo nivel que la asunción del riesgo, de modo que sólo esta última, con exclusión de la primera, pueda dar lugar a un contrato de este tipo.

7. Los contratos de garantía. El Consejo de Estado recomienda reconsiderar la decisión de dejar fuera del futuro Código Mercantil la regulación de los acuerdos de garantía financiera (artículo 578- 7) y los acuerdos de compensación contractual (579- 7). En ambos casos, se prevé que las disposiciones del Capítulo VII no serán de aplicación, rigiéndose los citados acuerdos "por su legislación específica". Esa regulación se encuentra actualmente contenida en una norma de contenido múltiple y diverso, como es el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que se refiere a los referidos acuerdos en sus artículos 2 a 17, pero que también regula medidas relativas a los mercados energéticos, al medio ambiente y a la contratación pública, además de introducir modificaciones en diversas Leyes, entre ellas, la más importante, en la Ley del Mercado de Valores.

En consecuencia, la "legislación específica" a que se remiten los artículos 578-7 y 579-7 está lejos de ser la norma sectorial fácilmente identificable que podría pensarse. Dada la importancia de esta regulación, que transpone al ordenamiento español las disposiciones de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, y que llevó a cabo una importante labor de ordenación y sistematización de la normativa aplicable a estos acuerdos (como, sorprendentemente -desde un punto de vista de técnica legislativa- subraya el artículo 2 del Real Decreto-Ley), y por motivos de seguridad jurídica, sería conveniente incorporar el contenido de esta regulación al futuro Código o a una ley especial independiente.

H) Título VIII: Los contratos de seguros y de mediación de seguros

El Título VIII se refiere a los contratos de seguros y de mediación de seguros. Debería revisarse su estructura, pues el Capítulo I, que se titula "Disposiciones generales", en realidad sólo es aplicable a los contratos de seguro (que define en el artículo 581-1, con determinación del régimen jurídico que les es aplicable en el artículo 581-2), regulados en los Capítulos II (seguros contra daños) y III (seguro de personas), pero no a los contratos de mediación (agencia y corretaje de seguros) que contempla el Capítulo IV.

1. Disposiciones generales. La regulación de los contratos de seguro que hace el Anteproyecto sigue en líneas generales la contenida en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, que la disposición derogatoria única, apartado 2.2º, del Anteproyecto, deroga en su integridad.

El artículo 581-2 dispone así, al igual que el artículo 2 de la Ley 50/1980, que las disposiciones del Título VIII "se aplicarán a las distintas modalidades de contrato de seguro, en defecto de ley especial que les resulte aplicable" (letra a)) y "tendrán carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga otra cosa; no obstante serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado" (letra b)).

En la letra c), añade el precepto dos excepciones también previstas en la Ley vigente, al disponer que "tendrán carácter dispositivo respecto de los contratos de seguro de grandes riesgos y de los contratos de reaseguro", tal y como establecen los artículos 44.2 y 79 de la Ley 50/1980, respectivamente. El Anteproyecto no define, sin embargo, qué se entiende a estos efectos por "contratos de seguro de grandes riesgos", disponiendo que se considerarán como tales "los así calificados por la normativa especial aplicable". En la actualidad, sin embargo, la definición de esos contratos no se encuentra en una normativa de carácter especial, sino en el artículo 107.2 de la Ley 50/1980, que sigue en este punto las previsiones de la Directiva 1973/239/CEE, de 24 de julio, de coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso de la actividad de seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio. Al quedar derogado el conjunto de la Ley del Contrato de Seguro, y mientras no se apruebe una norma específica de regulación de los seguros de grandes riesgos, la remisión quedaría vacía de contenido. Para evitar esta situación, el contenido del artículo 107.2 de la Ley vigente debe incorporarse al futuro Código.

Por lo demás, la estructura del artículo 581-2, con su división en letras, parece poco acertada. Sería preferible incluir el contenido de las letras a) y b) en un primer apartado, y el de la letra c) (complementado con la definición de los grandes riesgos) en un apartado 2, como excepción a lo establecido en el apartado anterior.

A diferencia del artículo 3 de la Ley 50/1980, que establece que en la póliza "se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito", el apartado 4 del artículo 581-3 se limita a exigir que "las limitaciones de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario figurarán de forma destacada y comprensible y deberán ser aceptadas por el tomador", añadiendo a continuación que "las condiciones del contrato, incluidas las limitativas, se entenderán aceptadas si, transcurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha manifestado su voluntad de resolver el contrato".

La Exposición de Motivos (apartado VI-116) dice al respecto que "se ha considerado conveniente aclarar la compleja distinción entre las cláusulas delimitativas del riesgo cubierto y las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados -que tanta atención a merecido por nuestra jurisprudencia"; en realidad, el Anteproyecto parece eliminar sin más la categoría de las cláusulas limitativas y las garantías que frente a las mismas se ofrecen en la actualidad al tomador del seguro. Si bien es cierto que esta medida podría estar justificada por la conveniencia de armonizar nuestra legislación aseguradora a la de los países de nuestro entorno más próximo, particularmente para permitir un mayor desarrollo de la contratación electrónica de los seguros, así como por la elevada litigiosidad que viene causando la interpretación de esta norma, la novedad que introduce el Anteproyecto en este punto merecería ser mejor destacada y justificada en la Exposición de Motivos.

El artículo 581-8 se refiere al contenido de la póliza, reproduciendo, en líneas generales, lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 50/1980. En particular, en lo que afecta a la lengua de redacción de la póliza, dispone el artículo 581-8 del Anteproyecto lo siguiente: "La póliza del contrato deberá redactarse, a elección del tomador del seguro, en cualquiera de las lenguas españolas oficiales en el lugar donde aquella se formalice".

El artículo 8 de la Ley 50/1980 añadía, sin embargo, que, si el tomador lo solicita, la póliza "deberá redactarse en otra lengua distinta, de conformidad con la Directiva 92/96, del Consejo de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 1992". Esta Directiva no se encuentra ya en vigor, pero la norma que la deroga y reemplaza, la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, contiene una previsión semejante a la de aquella, al establecer en su Anexo II que las informaciones que deberán comunicarse al tomador del seguro "podrán redactarse en otra lengua si el tomador del seguro lo solicita y el derecho del Estado miembro lo permite o el tomador tiene libertad para elegir la ley aplicable". La omisión de este derecho del tomador a solicitar la redacción de la póliza en otra lengua no es, por tanto, contrario a la normativa europea, pues ésta deja libertad al Estado miembro

para atribuírselo; a juicio del Consejo de Estado, sin embargo, habría que reconsiderar la conveniencia de introducir este cambio en la regulación del contrato de seguro, dado que esta posibilidad sí se contempla en la legislación vigente.

2. Los seguros contra daños. El apartado 2 del artículo 582- 23 dispone que "en su caso, además de los daños, menoscabos y gastos originados para la minoración del daño, el asegurador indemnizará el valor de los objetos desaparecidos, siempre que el asegurado acredite su preexistencia y salvo que el asegurador pruebe que fueron robados o hurtados".

Debería aclararse si la parte final del precepto se refiere a bienes robados o hurtados por el propio asegurado o a bienes que fueron hurtados o robados al asegurado, por terceros, antes o después del incendio, o durante el mismo.

La definición del ámbito de cobertura del seguro de defensa jurídica que realiza el artículo 582-49 requiere una cierta revisión; el apartado 1 excluye de dicha cobertura "el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales". A juicio del Consejo de Estado, puede ser excesiva la exclusión de cobertura de los gastos originados por sanciones derivadas de actos culposos o negligentes del asegurado (no del pago de la sanción en sí). En versiones anteriores del Código proyectado, esa misma limitación también se incluía en las disposiciones generales (concretamente, en el artículo 581-4), habiendo sido eliminada en la versión sometida a dictamen, por lo que sólo sería aplicable al seguro de defensa jurídica, precisamente uno de los ámbitos donde su aplicación es más habitual.

3. La mediación en la contratación de seguros. El Capítulo IV ofrece, en sendos artículos, las nociones del contrato de agencia de seguros (artículo 584-1) y del contrato de correduría de seguros (artículo 584-2). No contiene más disposiciones aplicables a estos dos tipos de contratos que, por tanto, deberán seguir rigiéndose por su normativa especial, actualmente la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. El Anteproyecto, sin embargo, no dispone nada expresamente a tal efecto (las reglas sobre régimen jurídico del artículo 581-2 son aplicables a las distintas modalidades del contrato de seguro, que se define en el artículo 581-1, sin que la agencia y la correduría de seguros puedan considerarse como tales), laguna que debería completarse.

Undécima. Libro Sexto: Títulos valores e instrumentos de pago y de crédito

A) Consideraciones generales

El Libro Sexto del Anteproyecto tiene por objeto, según su encabezamiento, los títulos valores y los "instrumentos de pago y crédito". En realidad, sus cinco primeros Títulos se dedican a los títulos valores, mientras que el sexto regula las tarjetas, lo que ha llevado a añadir en aquel epígrafe la referencia a los instrumentos de pago y crédito. Ello apunta a una cierta heterogeneidad del contenido de este Libro Sexto, para el que se propondrá una alternativa más adelante, a fin de limitar su contenido a los cinco primeros títulos, todos ellos referidos a los títulos valores.

En lo que se refiere a la estructura adoptada dentro del Libro Sexto -y con la reserva recién apuntada-, el Consejo de Estado considera acertada la opción acogida en el Anteproyecto, consistente en introducir una regulación general de los títulos valores, sin perjuicio de las previsiones especiales aplicables a cada una de sus clases, de forma que aquella categoría -fundamentalmente doctrinal- se configura ahora con claridad como una categoría legal. De este modo, la letra de cambio -modelo históricamente dominante- deja de ser el centro de la regulación, y se configura como uno más entre otros tipos que hoy tienen más relevancia en el tráfico mercantil.

No obstante, y aún en relación con la estructura adoptada, pueden encontrarse, dispersas, muchas disposiciones de Derecho internacional privado, referidas a cuestiones concretas. Hubiera sido deseable agrupar esas disposiciones y tratar de sistematizar el régimen de Derecho internacional privado aplicable en esta materia.

En cuanto a la terminología, cabe notar que la categoría general objeto de este Libro Sexto se escribe en ocasiones -las más- con guion (títulos-valores) y otras veces -las menos- sin guion. Resulta conveniente unificar el criterio y, para ello, se recomienda su grafía separada y sin guion, de acuerdo con los criterios de la Real Academia Española (puesto que se trata de un compuesto estable y generalizado en el uso, y no meramente ocasional), y teniendo en cuenta que en la reciente vigésima tercera edición del DRAE se recoge ya la expresión título valor (así, sin guion) como reflejo de esa generalización en el uso.

B) Título I: Los títulos valores

El Título I ("De los títulos-valores") se refiere a los títulos valores en general o a lo que la memoria de análisis del impacto normativo llama los fundamentos generales aplicables a todos los títulos valores. Esa memoria señala que la definición común a todos estos documentos se sustenta en la función económica que cumplen, que es la de facilitar -y proteger- la circulación del derecho o derechos documentados. Ese elemento central del concepto queda, en efecto, reflejado en el artículo 610-1, cuyo primer apartado establece:

"Los títulos-valores son aquellos documentos necesarios para el ejercicio del derecho patrimonial en ellos representado, librados o emitidos para facilitar la circulación de ese derecho".

Por eso, llama la atención que, después de recoger esas reglas generales aplicables a todos los títulos valores, el artículo 610-15 ("Documentos de legitimación") disponga que las normas contenidas en los dos artículos anteriores (esto es, las relativas a la irrevindicabilidad del título y a la inoponibilidad de excepciones) "no son de aplicación a los boletos, fichas, contraseñas y otros documentos no destinados a circular que sirvan exclusivamente para facilitar la identificación de quien tenga derecho a exigir la prestación correspondiente".

En alguno de los informes se ha valorado el mérito de intentar dar una definición de esta categoría de raigambre italiana pero de contornos imprecisos, lo que, por eso mismo -se añade-, genera una cierta inseguridad.

A juicio del Consejo de Estado, en la medida en que el concepto de título valor recogido en el Anteproyecto gravita sobre su función de circulación -como se recoge en el artículo 610 y se afirma expresamente en la memoria de análisis del impacto normativo-, los documentos de legitimación no deben considerarse títulos valores, puesto que, de acuerdo con el proyectado artículo 610-15, son documentos "no destinados a circular" y que sirven "exclusivamente para la identificación" de quien tiene derecho a exigir determinada prestación. Por ello, este precepto debería incluirse, en su caso, entre los artículos liminares del mismo Título I, dejando así clara la inaplicabilidad a ellos de todo el Libro Sexto (en cuanto referido a títulos valores) y sin limitar esa inaplicabilidad a los artículos 610-13 y 610-14 como se hace ahora (puesto que, como se ha visto, el artículo 610-15 afirma sólo la inaplicabilidad de los dos artículos anteriores, lo que induce a pensar que los demás preceptos de ese título -y aun otros del mismo Libro VI- sí serían aplicables a los documentos de legitimación).

Por lo demás, en cuanto a las concretas previsiones recogidas en este primer título (que, en general, no han sido objeto de grandes objeciones en la tramitación del expediente), y al margen de los problemas interpretativos que pudieran derivar del artículo 610-4 -sobre los que ha llamado la atención la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad- sería conveniente dejar claro el alcance de las presunciones recogidas en el artículo 610-6 y determinar si admiten prueba en contrario o si, por el contrario, han de considerarse *iuris et de iure*.

C) Título II: Títulos al portador, a la orden y nominativos

El Título II ("De los títulos al portador, a la orden y nominativos") regula, en capítulos separados, los títulos al portador, a la orden y nominativos.

En alguno de los informes incorporados al expediente se ha criticado, como impropia de un Código, la exigencia del artículo 624-2.2 de que el poseedor de un título nominativo que figure como titular en el propio documento deba "acreditar esa identidad mediante exhibición del documento nacional de identidad, pasaporte o cualquier otro documento equivalente, que no estén caducados". En principio, parece que, en efecto, lo propio de una norma como la proyectada es recoger sencillamente el deber de acreditar su identidad; sin embargo, dada la virtualidad de estos títulos, no carece de sentido que, para evitar discrepancias entre el titular y el obligado, y en beneficio de la seguridad jurídica, se incorpore la previsión de que la acreditación se efectúe, precisamente, mediante la exhibición del documento nacional de identidad o pasaporte. Sin embargo, aquella ventaja se diluye cuando, junto a los anteriores documentos, se menciona también "cualquier otro documento equivalente". En todo caso, debe advertirse que la previsión análoga recogida en relación con los títulos a la orden (artículo 623-2.2) sólo exige "identificar al tenedor", sin precisión adicional alguna; como es lógico, la solución que se adopte debe ser común a ambos preceptos.

También se ha criticado que el artículo 624-4 contemple la posibilidad de que los títulos nominativos sean transmisibles mediante endoso (lo que, se ha dicho, convertiría un título nominativo en un título a la orden). Sin embargo esa es la solución que hoy recoge, con carácter general, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (artículos 14, 96 y 120).

D) Título III: Títulos de crédito

El Título III ("De los títulos de crédito") es el más largo de los incluidos en el Libro VI y consta de nueve capítulos.

El Capítulo I ("Disposiciones generales") comienza con una referencia a las distintas clases de títulos de crédito (artículo 631-1). Aunque inicialmente sólo se hacía referencia -en este artículo- al cheque, al pagaré y a la letra de cambio, se ha añadido después la mención de la factura aceptada (que, en efecto, está regulada en el Capítulo IX de este Título). Sin embargo, se echa en falta que se complete de forma paralela el contenido del artículo 631-2 ("Nociones") que incluye las definiciones del cheque, del pagaré y de la letra de cambio, pero omite la de la factura aceptada.

En alguno de los informes incorporados al expediente se propone una integración de la Sección 2ª ("De la determinación del importe") en la Sección 4ª ("De las declaraciones"), habida cuenta de que aquella determinación no es sino una de las declaraciones contenidas en el título. De acuerdo con ello, podría entenderse que las disposiciones de la Sección 4ª son aplicables también a la determinación del importe, en cuanto declaración (de hecho, algún artículo de la Sección 4ª menciona el importe como declaración: 631-11); pero la separación en dos secciones diferenciadas apunta a una solución distinta. En suma, es conveniente dejar más claras las relaciones entre la Sección 2ª y la Sección 4ª.

El Capítulo II ("Del libramiento de los títulos de crédito") está integrado por tres secciones que se ocupan, respectivamente, del libramiento, "de la suplencia de las exigencias legales" y de los efectos del libramiento. A juicio del Consejo de Estado, el capítulo quedaría mejor estructurado con dos secciones (las actuales 1ª y 3ª), mientras que el único artículo de la Sección 2ª podría incorporarse como encabezamiento de la Sección 1ª, como disposición común a las tres subsecciones siguientes, quizás cambiando levemente su tenor para adecuarlo a esa ubicación liminar (por ejemplo, podría decir: "No se considerará cheque, pagaré o letra de cambio el documento que carezca de alguna de las exigencias legales, salvo que este Código contenga una norma que supla esa falta").

Dentro de la Sección 1ª, debe completarse el epígrafe de la Subsección 1ª (debería decir "Del libramiento del cheque") como evidencia su contenido y los epígrafes de las dos subsecciones siguientes. En fin, dentro de esa misma subsección se encuentra un precepto, el artículo 632-2 ("Banco librado"), cuya ubicación en una subsección del Capítulo II (referida al libramiento del cheque) no es coherente con el alcance general que se desprende del propio tenor del artículo ("A los efectos de este Título se entiende

por banco cualquier entidad de crédito autorizada para captar depósitos de dinero del público"). Ese alcance general aconseja que se ubique en el Capítulo I ("Disposiciones generales") de este mismo Título III.

El Capítulo III ("De la transmisión de los títulos de crédito") se abre con una sección que recoge dos disposiciones generales en las que se mencionan las tres formas de transmisión de los títulos de crédito (el endoso, la tradición y la cesión ordinaria), si bien llama la atención que el apartado 1 del artículo 633-1 se refiere al "título de crédito" librado a favor de una persona determinada mientras que su apartado 2 se limita al "cheque" al portador, cuando la solución en él prevista es aplicable a todos los títulos de crédito al portador (tal y como se desprende del artículo 622-4): el hecho de que se mencione sólo el cheque en ese apartado 2 parecería apuntar a una solución distinta para los demás títulos al portador, lo que desmiente el artículo 622-4 del propio Anteproyecto. Debe por tanto modificarse en el sentido indicado el apartado 2 del artículo 633-1.

A continuación, el articulado de este Capítulo se distribuye en tres Secciones adicionales; pero no se refieren a cada uno de las formas de transmisión, sino que la entrega o tradición no ha merecido ninguna sección (aun cuando alguna norma sí alude a la transmisión de títulos al portador: así, artículo 633-7), mientras que las Secciones 2ª y 3ª se refieren al endoso. División esta -la que separa las Secciones 2ª y 3ª- de la que podría prescindirse, puesto que la sección 2ª ("De las normas especiales en materia de endoso") incluye normas sobre los efectos del endoso y la 3ª ("De los efectos del endoso") incorpora normas especiales en materia de endoso. Se recomienda, en suma, una reconsideración de la estructura interna del Capítulo III.

A lo largo de estos Capítulos pueden encontrarse, dispersas, diversas disposiciones de Derecho internacional privado, referidas a cuestiones concretas. Como ya se indicó, hubiera sido deseable tratar de agrupar y sistematizar el régimen de Derecho internacional privado aplicable en esta materia. En relación con ello, cabe notar que, en algún caso, se remite la solución a lo que determine la legislación en función del punto de conexión que se considera relevante; pero no se expresa directamente cuál es la solución si el ordenamiento aplicable resulta ser el español. Por ejemplo, en el artículo 636-1 se dispone que la ley del Estado en que el cheque deba pagarse será la aplicable para determinar si el cheque puede librarse a la vista o si puede ser librado a un cierto plazo contado desde la vista; pero convendría que ese artículo mencionara o remitiera a la solución que el propio Código da a esa cuestión (que no se recoge ni en ese capítulo, ni en el relativo al libramiento del cheque, sino en el artículo 637- 18, referido al pago del cheque).

En el Capítulo VII ("Del pago de los títulos de crédito") debe reconsiderarse el contenido del artículo 637-20, según el cual el banco librado que pague un cheque "quedará liberado, a no ser que hubiere incurrido en dolo o culpa grave al apreciar la legitimación del tenedor". En alguno de los informes incorporados al expediente se apunta que dicha solución no es consistente con la interpretación jurisprudencial sobre la posición del banco como depositario, a partir de una responsabilidad casi objetiva. En todo caso, se aprecia una cierta incoherencia de aquella solución con lo previsto en el artículo 637-24, en el que se dice que el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado "será imputado al librado, a no ser que el librador hubiera procedido con culpa o sido negligente en la custodia del talonario de cheques" (a lo que se añade que la culpa o negligencia no se presume). A juicio del Consejo de Estado, ello debe llevar a una modificación del artículo 637-20 para adecuarlo a lo dispuesto en el 637-24.

En el mismo Capítulo VII, se sugiere intitular el artículo 637- 36 como "Imposibilidad o demora en el pago", para una mejor correspondencia con el contenido de sus dos apartados. Por otra parte, es necesaria una reconsideración del artículo 637-8, desde la perspectiva de su relación con el 637-7 que le precede. Dispone este último que, en el momento del pago, "el que pague un título de crédito podrá exigir que le sea entregado el título con el recibí del portador"; y añade a continuación el 637-8 que si el que pague fuera un banco, "en lugar del título original podrá entregar un documento acreditativo del pago": nótese que, según el primer artículo, quien paga exige la

entrega del título, mientras que en el segundo quien paga no es quien exige sino quien entrega el documento, lo que supone una discordancia que debe corregirse. Por último, ha de notarse que lo prescrito en el apartado 2 del artículo 637-40 (sobre el pago parcial) se reitera -a continuación- en el artículo 637-41 (sobre documentación del pago parcial); sin duda, se trata de un error que debe ser corregido, con supresión de una de las dos previsiones.

El Capítulo VIII ("De la falta de pago de los títulos de crédito") comienza con una sección sobre las acciones ejercitables que podría estructurarse en tres artículos (uno para el cheque, otro para el pagaré y otro para la letra de cambio). En todo caso, debe corregirse la reiteración del precepto contenido en el artículo 638-10, cuyos dos apartados son prácticamente iguales (con la sola diferencia de la utilización del singular "la ley" en el primer apartado y "las leyes" en el segundo). En el artículo 638-11 es conveniente aclarar o concretar "el plazo de que dispone" a que se alude en su apartado 1. En fin, el artículo 638-26 suscita algunas dudas que conviene apuntar; de un lado, su apartado 2 hace referencia en su primer inciso únicamente al pagaré y no a la letra de cambio, mientras que en su inciso final se mencionan los pagarés y las letras de cambio, y el apartado 3 se limita a las acciones basadas en la letra de cambio contra el aceptante; surge por tanto la duda de si en el inciso inicial del apartado 2 debería mencionarse la letra de cambio junto al pagaré. Asimismo, se echa en falta, en el apartado 2, la mención de la acción directa contra el avalista del librador y, en el apartado 3, de la acción directa contra el avalista del aceptante.

Por último, el Capítulo IX ("De la factura aceptada") cierra el Título III, con la introducción de una escueta regulación de esta figura -la factura aceptada- que, aunque se configura como un título de crédito en el primer artículo del Título III, no es mencionada a lo largo de su extensa regulación hasta llegar a este último capítulo. Por ello es relevante determinar con cierta precisión en qué medida le son aplicables a la factura aceptada el resto de normas que el Título III refiere, en general, a los títulos de crédito. La cuestión no queda bien resuelta en el último artículo (del Capítulo y del Título) en el que, bajo el epígrafe de "Régimen supletorio", se indica: "En lo no previsto en este Título será aplicable a la factura lo establecido en este Código para las letras de cambio". De un lado, parece que ha de referirse, más bien, a "lo no previsto en este capítulo"; de otro, habría de valorarse la introducción de algún matiz que module el mandato de aplicar a la factura aceptada, en sus términos, lo establecido para las letras de cambio.

E) Título IV: Los títulos de tradición

El Título IV incluye únicamente cinco artículos -distribuidos en dos capítulos-, pero se echa en falta una mejor articulación entre ellos. Por un parte, se definen los títulos de tradición en unos términos abiertos (artículo 641-1: "Los títulos de tradición son aquellos títulos-valores que documentan el derecho a exigir la restitución, sea de las mercancías entregadas a un porteador marítimo para su transporte, sea de las entregadas a un depositario para su conservación y custodia"); después, el artículo 641-3 parece incorporar una lista taxativa de títulos de tradición (que serían sólo los conocimientos de embarque y los resguardos de depósito cuando así se disponga por los contratantes o por la ley). A juicio del Consejo de Estado, si sólo se han de considerar como títulos de tradición los mencionados en el artículo 641-3, sería conveniente que se indicara expresamente y que se llevara esa enumeración al artículo 641-1.

Pero resulta, además, que después de haberse mencionado únicamente los dos títulos de tradición indicados en el artículo 641-3, el Capítulo II incluye otro título de tradición no mencionado allí, como es el documento de transporte multimodal; este último debería, por tanto, ser también mencionado en el artículo 641-3 (o, en caso de seguirse la sugerencia anterior, en el 641-1).

En fin, dado el sensible recorte que ha experimentado el contenido de este Título IV, al haberse excluido finalmente la regulación del conocimiento de embarque, y teniendo en cuenta su limitada extensión y escueta regulación -más aún si se refunden los artículos 641-1 y 641-3-, debería reconsiderarse su división en dos capítulos. Por lo

demás, y como se ha observado en otras partes del presente dictamen, se echa en falta una justificación de las razones que han llevado a excluir del Código proyectado la citada regulación del conocimiento de embarque; sin duda, ello está vinculado al hecho de que su régimen esté incorporado a la todavía reciente Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (como ocurre con otras materias mercantiles, también insertas en esa Ley); pero hubiera debido dejarse constancia en el expediente de la ponderación efectuada entre las distintas opciones disponibles.

F) Título V: Los valores mobiliarios

El Título V se centra en la regulación de los valores mobiliarios. Según la Exposición de Motivos, el Código Mercantil proyectado se limita a regular las relaciones negociales derivadas de los valores mobiliarios desde la óptica propia del Derecho privado; es decir, solo se ocupa de las relaciones entre particulares que se encuentran en un plano de igualdad (relaciones que afectan al ejercicio y a la circulación de los derechos representados en el valor mobiliario); y añade que el tratamiento que se hace en el Código prescinde, por tanto, de la ordenación institucional de los mercados de valores, cuestión que queda remitida a su legislación específica.

Frente a ello, algunos de los informes incorporados al expediente han advertido sobre la regulación de diversas cuestiones que exceden del estricto ámbito jurídico-privado, lo que, ciertamente, ha dado lugar a algunas modificaciones relevantes en el proceso de decantación del texto.

Esta cuestión merece ser tenida en cuenta en el Capítulo I ("Disposiciones generales") y, más concretamente, en el artículo 65-4 ("Régimen jurídico"); en su apartado 1 se recoge el orden de prelación de normas aplicables a los valores mobiliarios (normas correspondientes a la clase de valor de que se trate; supletoriamente, normas del Título V; y, en su defecto, normas generales sobre títulos valores), mientras que el apartado 2 remite a la "normativa sobre mercado de valores" una serie de cuestiones concretas (admisión a negociación y su mantenimiento, transparencia de la emisión, comercialización, intervención de intermediarios financieros y liquidación de las operaciones); algunos informes han llamado la atención sobre la insuficiencia de esta enumeración y han advertido sobre otras cuestiones que también deberían incluirse en ese apartado 2.

A juicio del Consejo de Estado, más que identificar cuestiones concretas cuya regulación se remita a la legislación del mercado de valores, el Código Mercantil debe recoger una salvedad expresa de carácter general sobre lo dispuesto en esa legislación. Ello podría hacerse, con supresión del apartado 2, mediante la adición de un inciso final en el apartado 1, con una fórmula similar a la siguiente: "todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del mercado de valores". Como habrá ocasión de notar, una fórmula semejante evitaría diversas dudas interpretativas que se han suscitado en relación con distintos artículos del Anteproyecto. En suma, no debe marcar el Código Mercantil el ámbito propio de la legislación del mercado de valores, sino que debe salvar, con carácter general, la aplicabilidad de dicha legislación en las materias reguladas por ella; y ello, sin perjuicio de que pueda el legislador trasladar al Código privado cualquier aspecto de aquella legislación que, por su naturaleza jurídico-privada considere que deba ubicarse en él (no se olvide, en relación con ello, que por medio de la reciente Ley 20/2014, de 29 de octubre, se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos y, entre ellos, el correspondiente a la Ley del Mercado de Valores).

Pero sucede, a la inversa, que algunas de las normas incorporadas al Anteproyecto parecen más propias de la legislación del mercado de valores que de un código mercantil. Así puede advertirse en el Capítulo II ("De la forma de representación"), en el que el artículo 652-2 dispone que la forma de representación deberá ser única para los valores de una misma emisión (en línea con lo que ya prevé el artículo 5 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores: en adelante, LMV); o, más claramente, en el artículo 652-3, que establece lo siguiente:

"Para acceder y permanecer admitidos a negociación en España en un mercado secundario oficial o en un sistema multilateral de negociación debidamente reconocido y en los demás casos exigidos por la ley, los valores mobiliarios deberán estar representados por medio de anotaciones en cuenta".

Una previsión que, además, se aparta de lo previsto en el artículo 5 de la LMV ("El Gobierno podrá establecer, con carácter general o para determinadas categorías de valores, que su representación por medio de anotaciones en cuenta sea condición necesaria para la admisión a negociación en uno u otro mercado secundario oficial de valores"). En suma, lo que este último artículo permite al Gobierno establecer, con carácter general o no, y para uno u otro mercado, lo establecería el Anteproyecto con carácter general y para todo mercado secundario oficial. Es claro que debe lograrse una mejor articulación entre el Código Mercantil y la LMV, sin que aquél entre a regular las materias que son más propias de esta.

En fin, todavía en el Capítulo II, hay otras previsiones que establecen una regulación que no tiene en cuenta otras determinaciones de la legislación del mercado de valores. Así, distintos informes han incidido en que el artículo 652-5 (relativo al cambio de la forma de representación) ignora la exigencia de autorización de la CNMV prevista en la LMV. Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, no es objetable una regulación parcial de determinadas cuestiones -limitada a los aspectos jurídico privados-, siempre que se salve la aplicación de la legislación del mercado de valores en las materias que ella regula, tal y como se ha indicado que debe hacerse, con carácter general, en el artículo 651-4 ("Régimen jurídico") del Anteproyecto.

Los dos Capítulos siguientes regulan, respectivamente, los valores mobiliarios representados por medio de títulos (Capítulo III) y los representados por medio de anotaciones en cuenta (Capítulo IV).

El primero de ellos se estructura en cuatro secciones (régimen general, títulos múltiples, acciones y obligaciones). Alguno de los informes incorporados al expediente ha interesado que el artículo 653-3 aclare si para la transmisión de valores será necesaria o no la intervención de fedatario público (puesto que sí la prevé la disposición adicional 3ª de la LMV, mientras que no lo hace la norma proyectada). En realidad, la cuestión quedaría también resuelta si, de acuerdo con lo indicado más arriba, se salva la aplicación de la legislación del mercado de valores en las cuestiones que ella regula (lo que como se ha insistido, debe hacerse con carácter general en el artículo 651-4).

En la sección relativa a las acciones, debería cambiarse el epígrafe de la subsección primera (puesto que toda la sección se refiere a las acciones representadas por medio de títulos). En el artículo 653-11, es más correcto que su inciso inicial se refiera a "cada título de la acción" y, en el artículo 653-14, su inciso final debe corregirse ("registro de anotaciones en cuenta"). Mayores dudas suscita el artículo 653-15 que, tras disponer en su apartado 1 que el requerimiento de sustitución deberá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad (o, en su defecto, en dos diarios), añade en su apartado 2: "Si los títulos fueran nominativos, el requerimiento se podrá comunicar, además, a las personas a cuyo nombre figuren por el medio establecido al efecto en los estatutos de la sociedad".

Esa redacción parece permitir a la sociedad emisora que decida libremente en cada caso si comunica o no el requerimiento (por el medio establecido en los estatutos) a las personas a cuyo nombre figuren los títulos nominativos. En realidad, es más razonable que ese requerimiento personal se imponga o bien con carácter general o bien, al menos, si así lo prevén los estatutos. Esto último es probablemente lo que se pretende, según se desprende del siguiente artículo 653-16, para lo que sería preferible una redacción similar a la siguiente: "Si los títulos fueran nominativos y así lo prevén los estatutos de la sociedad, el requerimiento se deberá comunicar además a las personas a cuyo nombre figuren, por el medio establecido al efecto en los propios estatutos".

Por último, en el artículo 653-19, además de la corrección de alguna errata (inciso final del apartado 2), se sugiere incorporar al apartado 4 la exigencia de que se intente contactar con los interesados (o sus herederos) a cuya disposición haya quedado el

importe líquido obtenido. Aunque no siempre se logrará, parece exigible que por lo menos se intente por medios razonables al alcance de la sociedad.

El Capítulo IV se refiere ya a los valores mobiliarios representados por medio de anotaciones en cuenta. Aunque su contenido inicial era bastante más extenso, las observaciones vertidas durante la tramitación del procedimiento han llevado a reducir sensiblemente la extensión de este capítulo, que ha quedado finalmente limitado a tres artículos, el primero de los cuales hace una remisión de carácter general a lo dispuesto en la legislación que regula el mercado de valores.

Se ha considerado oportuno mantener, no obstante, el proyectado artículo 654-3, relativo al procedimiento ejecutivo especial de la prenda de valores cotizados anotados en cuenta, cuestión que hasta ahora está contemplada en el artículo 322 del Código de Comercio. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que se trata de una materia que también aparece regulada en el Real Decreto-ley 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, de forma que pueden apreciarse algunas diferencias entre esa regulación y la ahora proyectada (por ejemplo, en relación con la atención a supuestos de incumplimiento o de vencimiento anticipado, o en relación con la posibilidad de ordenar el traspaso de los valores, libre de pago, a la cuenta del acreedor).

A juicio del Consejo de Estado, la seguridad jurídica exige que exista una perfecta coordinación entre ambas regulaciones (Código Mercantil y el Real Decreto-ley citado), si bien la opción preferible sería mantener una regulación única de la cuestión, que bien podría ubicarse en el Código ahora proyectado (con la consiguiente derogación o modificación de las previsiones de aquel Real Decreto-ley en cuanto quedara incorporado al Código Mercantil). Esta debe ser la opción por la que se decantase el texto proyectado.

Por último, el Capítulo V regula el depósito de valores. Señala la Exposición de Motivos que se mantiene el término "depósito" a pesar de que, con la desmaterialización de los valores, se emplea cada vez más el término "custodia" (pero, dado que sigue habiendo valores representados en títulos, se continúa hablando de entidades depositarias); precisa, además, que en la regulación se han seguido básicamente las normas dictadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para las entidades depositarias reguladas por ella.

El Consejo de Estado sugiere reconsiderar la ubicación sistemática del contenido de este Capítulo V, puesto que, en realidad, en él no se regulan los valores en sí, sino el contrato de depósito de valores (lo que lleva a sugerir su traslado al Libro V, en sede de contratos). Así se desprende del contenido del artículo 655-2, que dispone:

"El depositario se obliga por el contrato de depósito de valores a llevar a cabo la custodia y administración de los valores mobiliarios del depositante con el alcance que establecen los artículos siguientes. Por su parte, el depositante se obliga a poner a disposición del depositario los valores mobiliarios a depositar [rectius, objeto del depósito], a pasarle las instrucciones correspondientes para el ejercicio de los derechos anejos a los depositados y a abonarle la retribución pactada que, en defecto de pacto, será la que reflejen las tarifas publicadas por el depositario".

Los dos artículos siguientes (con los que se cierra el capítulo) regulan, en efecto, las funciones de custodia y de administración de valores. En suma, puesto que se trata de la regulación de un contrato, parece razonable ubicarlo en el Libro V del Código Mercantil proyectado.

G) Título VI: Las tarjetas

El Título VI del Libro Sexto incorpora al Código Mercantil una regulación de "las tarjetas". El enfoque adoptado se apunta en la memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto, en la que se parte de que en las tarjetas se documentan prestaciones de pago asumidas directamente por el emisor, y se indica que el texto recoge un régimen jurídico mínimo, limitado únicamente a las normas vinculadas con la

legitimación para el ejercicio del derecho documentado. Por ello, añade, la regulación establece el concepto de estos instrumentos, su clasificación según su función y los efectos vinculados al requisito de la tenencia, a lo que se añaden unas normas imperativas derivadas de la asimetría posicional de las partes.

Esta regulación ha sido objeto de relevantes reservas en los informes recabados a lo largo de la tramitación del Anteproyecto; reservas que deben dar lugar a una detenida reflexión, especialmente habida cuenta de que proceden, en gran medida, de entidades que operan en este concreto ámbito.

Dichas críticas comienzan ya en la misma noción de las tarjetas (que, al limitarse a las tarjetas de plástico tradicionales, determina - se dice- una obsolescencia de origen del régimen proyectado) y en su clasificación (no sólo por cómo se definen las tarjetas de débito y crédito, sino por la ausencia de referencia a otros tipos de tarjeta), lo que tiene también reflejo en las menciones que deben incorporar las tarjetas o en algunos aspectos de su uso. Asimismo, se subraya la ausencia de toda referencia a la relación existente entre el emisor de la tarjeta y el beneficiario de los pagos realizados con ella; e incluso se apuntan algunas discrepancias entre la regulación proyectada y otras normas que en nuestro ordenamiento regulan los servicios de pago. En particular, se insiste en la necesidad de tomar en consideración la regulación de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (en adelante, LSP), de la Directiva 2007/64/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior (en adelante, la Directiva 2007/64), o las propuestas de la Comisión Europea de Reglamento sobre tasas de intercambio para operaciones de pago basadas en una tarjeta y de nueva Directiva sobre servicios de pago, además de otras normas internas de inferior rango (lo que puede llevar también a ponderar la opción de que su regulación quede fuera del Código Mercantil).

A la vista de las observaciones vertidas en los distintos informes incorporados al expediente, el Consejo de Estado se permite sugerir una reconsideración del enfoque que preside la regulación de las tarjetas proyectada.

La regulación proyectada se inserta como Título VI en el Libro VI, referido a los títulos valores e instrumentos de pago y de crédito; sin embargo, los demás títulos de este Libro VI se refieren a títulos valores (títulos valores en general, títulos al portador, a la orden y nominativos, títulos de crédito, títulos de tradición y valores mobiliarios), y sólo el último, relativo a las tarjetas queda extramuros de esa materia. Las tarjetas son, ciertamente, instrumentos de pago y de crédito, pero la regulación proyectada se centra, fundamentalmente, en el contrato de tarjeta (no sólo su Capítulo III, expresamente referido al contrato de tarjeta y más extenso que los otros dos juntos, sino también varias de las normas de los dos capítulos primeros se refieren al citado contrato). Por ello, se sugiere extraer la regulación de las tarjetas del Libro VI (que quedaría así más homogéneo, ceñido a los títulos valores), y trasladarla al Libro V, sede de contratos.

En efecto, la alternativa de regular las tarjetas como instrumentos de pago o en sede de contratos puede vincularse a la perspectiva que quiera destacarse. Pues bien, resulta que el grueso de la regulación proyectada se centra en el contrato de tarjeta (capítulo III); el capítulo II sólo tiene tres artículos: uno de ellos dedicado a la utilización de la tarjeta por un tercero (lo que también se regula en el capítulo III: artículo 663-5), otro relativo a la legitimación (que se remite a cualquier sistema establecido en el contrato) y otro referido al deber de comprobación (que, de acuerdo con lo que se dirá, debería reconsiderarse); por su parte, el capítulo I consta de cinco artículos, dos de los cuales se refieren a lo establecido en el contrato (mientras que los otros tres se refieren a las clases de tarjetas - crédito y débito- y a las menciones que debe contener). Así las cosas, entiende el Consejo de Estado que la regulación proyectada encontraría mejor acomodo en el Libro V, relativo a los contratos en particular.

Además de una mejor sistemática desde el punto de vista de la materia regulada, tal opción podría determinar una mejor articulación con las normas sobre servicios de

pago (puesto que, de este modo, el contrato de tarjeta podría configurarse como un contrato de servicios de pago) y se haría más visible la aplicabilidad a este contrato de las disposiciones generales del Libro IV. Incluso cabe plantearse, dando un paso más, si no sería preferible mantener su regulación general en el marco de la legislación sobre servicios de pago. En cualquier caso, se hacen a continuación algunas observaciones concretas sobre la regulación proyectada.

1. Capítulo I: Las tarjetas en general. El primer Capítulo de este Título VI consta de cinco artículos, referidos a la noción de tarjeta, sus clases y las menciones necesarias. El concepto de tarjeta ha suscitado múltiples reservas por su carácter restrictivo - limitado a las tarjetas tradicionales ("de plástico")-, sin tener en cuenta las nuevas modalidades (tarjetas virtuales u otros instrumentos electrónicos), lo que ha llevado a considerar que la regulación, en cuanto basada en aquel concepto, nace anclada en el pasado. En relación con ello, cabe apuntar que la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las tasas de intercambio para operaciones de pago basadas en una tarjeta [COM (2013) 550 final] define como "instrumento de pago basado en una tarjeta" (artículo 2, apartado 17) "cualquier instrumento de pago, en particular una tarjeta, un teléfono móvil, un ordenador o cualquier otro dispositivo tecnológico con la aplicación adecuada, utilizado por el ordenante para iniciar una orden de pago que no sea ni una transferencia ni un adeudo domiciliado, tal como se definen en el artículo 2 del Reglamento (UE) n° 260/2012".

En todo caso, en relación con esta propuesta de Reglamento - a la que se hace referencia en alguno de los informes- ha de tenerse en cuenta que se trata de un texto aún no definitivo, por lo que ha de estarse atento a la regulación que finalmente se apruebe. En particular, y en lo que ahora interesa, cabe notar que, entre las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 3 de abril de 2014 (en relación con esa propuesta de Reglamento) se incluye una tendente a incorporar un nuevo apartado en el mismo artículo 2 en el que se defina la "tarjeta de pago" como "una tarjeta de débito o de crédito que legitima a su titular para acceder a sus fondos, o que le permite realizar un pago a través de un adquirente y que es aceptada por un beneficiario para procesar una operación de pago" (enmienda 26).

No se ignora que la regulación del Código proyectado es netamente mercantil, sin que sea imprescindible asumir siempre los conceptos utilizados en la Unión Europea; pero sí ha de advertirse sobre las disfunciones que pueden derivar del hecho de que unos mismos términos respondan a realidades diferentes en normas internas claramente conexas (como esta parte del Código Mercantil -una vez aprobado- y la legislación española sobre servicios de pago).

En suma, a juicio del Consejo de Estado, es conveniente que el concepto de tarjeta que se recoja en el Código Mercantil sea coherente con el previsto en la Unión Europea (y, por supuesto, en la legislación interna). En todo caso, parece que la eventual ubicación de la materia en sede de contratos permitiría una concepción más amplia de la tarjeta y más abierta a futuras evoluciones de este tipo de instrumentos de pago (a los que se podría aplicar, en función de su naturaleza y *mutatis mutandi*, la regulación proyectada sobre el contrato de tarjeta), lo que lleva a insistir en la sugerencia hecha más arriba.

En cuanto a las clases de tarjetas, las observaciones se han centrado en dos puntos. De un lado, se ha subrayado la discordancia entre las proyectadas definiciones de las tarjetas de débito y crédito (cuya diferencia gravita sobre el carácter simultáneo o aplazado del cargo o reintegro) y las previstas en el ámbito de la Unión Europea, donde la diferencia radica en que el aplazamiento sea inferior o superior a 48 horas (tesis que, a partir de determinadas decisiones de la Comisión, aparece acogida en la propuesta de Reglamento antes citada). En relación con esta cuestión no puede sino reiterarse lo ya apuntado sobre la necesidad de una armonía entre el Derecho español y el de la Unión Europea, incluida la cautela sobre la evolución de aquella regulación europea (puesto que también en este punto puede advertirse la existencia de enmiendas del Parlamento Europeo en relación con la propuesta citada).

De otro lado, se ha criticado la limitación de las clases de tarjetas recogidas en el texto proyectado (en el que se no se recogen otros tipos, como las tarjetas comerciales, prepago o prepagadas), en relación también con las menciones que en ellas deben incorporarse. En este punto, debe subrayarse que el hecho de que un tipo de tarjetas no esté expresamente contemplado en el Código no implica que estén "prohibidas" (como en algún informe se supone). No obstante, valórese si esta cuestión no quedaría mejor resuelta mediante la regulación del contrato de tarjeta en el Libro V.

2. Capítulo II: Uso de las tarjetas. El segundo Capítulo incluye tres artículos. El primero de ellos (662-1) se refiere a la legitimación y establece que el uso de una tarjeta "exige la legitimación del titular mediante la firma del documento de pago, la utilización de una clave secreta predeterminada o cualquier otro sistema establecido en el contrato con el emisor de la tarjeta". En suma, se exige la legitimación por el sistema que se prevea en el contrato (lo que aconsejaría llevar esta regulación al capítulo siguiente, sobre el contrato de tarjeta). Más aún cuando dos artículos después (en el 662-3) se prevé el uso de la tarjeta por parte de un tercero con el consentimiento del titular (cuestión que ha suscitado muchas reservas, pero que quedaría, en definitiva, remitida también a lo que se prevea en el contrato, en cuanto se trataría de otro sistema de legitimación del uso de la tarjeta).

En fin, el otro artículo de este capítulo (662-2) se refiere al deber de comprobación, y establece que, en los casos de presentación material de la tarjeta, la persona a la que se presente tiene el deber de comprobar la legitimación del portador en la forma que hubiera sido establecida, así como el (de) asegurarse de que no ha expirado la fecha de vigencia prevista en la propia tarjeta. También este precepto ha suscitado reservas por parte de los operadores, tanto por lo que se exige con carácter general (que no sería necesario en determinados casos: p.ej., con las tarjetas llamadas "contactless" o "sin contacto", de creciente utilización para pequeños cargos), como por lo que no se exige (la carga del beneficiario del pago de obtener la autorización del emisor).

En realidad, se trata nuevamente de una cuestión que habrá de regirse por el acuerdo entre las partes, si bien en este caso, entre el emisor de la tarjeta y los comerciantes beneficiarios de los pagos. En realidad, lo que sucede es que la propuesta no regula esa otra vertiente de las relaciones concernidas por la tarjeta (salvo ocasionalmente, en algún aspecto concreto, como sucede en este artículo 662-2).

3. Capítulo III: El contrato de tarjeta. El Capítulo III regula el "contrato de tarjeta", que se llama "contrato de emisión de tarjeta" en su primer artículo (663-1, que podría intitularse, más precisamente, por referencia a las formas de celebración del contrato).

La mayor parte de las cuestiones suscitadas en relación con este capítulo se refieren a su relación con la LSP y con la Directiva 2007/64. Ya respecto del primer artículo (663-1) se ha cuestionado el posible carácter verbal del contrato que, según se alega en distintos informes, se opondría a lo previsto en La LSP y en la Directiva 2007/64 (y, en particular, a sus artículos 22 y 41 respectivamente), en cuanto exigen que la información y condiciones allí indicadas se recojan "en papel u otro soporte duradero". A juicio del Consejo de Estado, la existencia de un consentimiento verbal es compatible con el hecho de que las condiciones e información de referencia estén recogidos "en papel u otro soporte duradero", aun cuando sí sería aconsejable una mejor articulación entre el Código proyectado y la legislación de servicios de pago (siquiera fuera mediante alguna remisión, como se hace en otras partes del Código).

En definitiva, y teniendo en cuenta el alcance de la aludida Directiva y el marco en que se desenvuelve la contratación de tarjetas en el actual tráfico mercantil y en el que previsiblemente se irá consolidando en los próximos tiempos, el proyectado nuevo Código Mercantil debería dejar claramente delimitado que la contratación verbal de ese muy relevante instrumento del tráfico debe ir acompañado de una clara constancia de las condiciones que se le aplicarán, lo que abundará en la observación general que se hizo en la cuarta consideración del presente dictamen acerca de la necesidad de que el nuevo Código delimite, con seguridad y precisamente, los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en los distintos contratos de los que se ocupa. En el concreto caso

que ahora se examina, esa delimitación y constancia debe extenderse al fácil e indubitado acceso por parte de los usuarios de las tarjetas a las condiciones de todo tipo (límites cuantitativos, períodos relevantes de tiempo,...) a las que haya prestado verbalmente su conformidad, contribuyendo, con ello, a que las eventuales discrepancias y controversias que se planteen al respecto puedan ser resueltas partiendo de que las partes a las que afecten estén situadas en una situación equitativa.

Esa conveniente articulación salvaría también otras objeciones que se han hecho sobre las obligaciones del emisor (artículo 663- 2) y de los titulares de las tarjetas (artículo 663-5) y su relación con las obligaciones respectivas recogidas en la legislación de servicios de pago (en particular, en el Título IV de la LSP). Más allá de posibles diferencias de contenido -lo que puede justificarse por la distinta naturaleza de una y otra norma-, es necesario que se logre la máxima coordinación entre ambas normas. A título de ejemplo, cabe apuntar la diferencia entre remitir un resumen detallado de las operaciones realizadas (artículo 663-2) o simplemente "facilitarlo" (como dice el artículo 47 de la Directiva) en soporte duradero; o el relevante matiz que el artículo 28.c de la LSP introduce sobre la regla general establecida en el inciso segundo del apartado 2 del artículo 663-5 (sobre la prueba de la comunicación de la pérdida o la sustracción).

Esa mejor articulación también se echa en falta en el artículo 663-4, relativo a la impugnación del resumen. Diversas entidades han llamado la atención sobre la diferencia entre el plazo de un mes previsto en ese artículo 663-4 y el de trece meses que se contempla en los artículos 29 de la LSP y 58 de la Directiva 2007/64. A juicio del Consejo de Estado, cabe afirmar la compatibilidad entre ambos plazos, en la medida en que sean distintos los efectos atribuidos a uno y a otro, de forma que la impugnación del resumen para la que se prevé el plazo de un mes en la norma proyectada no debe impedir que el contratante o titular de la tarjeta obtenga la rectificación del emisor en el supuesto contemplado en los artículos 29 de la LSP y 58 de la Directiva 2007/64 (y actuando en el plazo allí previsto, dentro de los 13 meses desde la fecha del adeudo).

En todo caso, deben quedar claros los efectos de la impugnación proyectada, efectuada dentro del plazo de un mes y, en particular, que no impide ulteriores impugnaciones (como la comunicación efectuada dentro del plazo de trece meses en el supuesto y a los efectos previstos en la LSP) ni el ejercicio de ulteriores acciones frente a la entidad, o si la impugnación libera al impugnante de la obligación de pago de las cantidades impugnadas (como se desprende, a contrario sensu, del segundo inciso del apartado 1 del mismo artículo 663-4).

Otros artículos suscitan dudas a partir de su misma literalidad; dudas apuntadas por distintos operadores y que requieren una reconsideración de aquélla. Así, el artículo 663-6 dispone que el contratante "está obligado a satisfacer al emisor la cuota o cuotas periódicas establecidas en el contrato", pero en distintos informes se pone de manifiesto la posibilidad de otras formas de remuneración. Por su parte, el artículo 663-7 dispone que si la tarjeta fuera de crédito, el emisor "no podrá aplicar a las cantidades excedidas autorizadas un interés superior en más de dos puntos al interés legal del dinero"; al margen de otras críticas que ha recibido (por considerarse una previsión arbitraria o impropia de un Código de Derecho privado), resulta llamativo que se establezca un límite para el interés aplicable a las cantidades excedidas autorizadas y que no se establezca límite para el interés aplicable a las cantidades autorizadas no excedidas (esto es, que no excedan del límite de disposición pactado con el contratante). Quizás lo que quiere decirse es que no se podrá aplicar a las cantidades excedidas autorizadas un interés superior en más de dos puntos al interés aplicable a las cantidades que no excedan del límite de disposición pactado. En fin, el artículo 663-8 se titula "Renovación automática"; pero mientras su apartado 1 parece referirse a la renovación de las tarjetas ("de crédito", se dice, lo que -si no se corrige- excluiría de la norma a las de débito) en el marco de un contrato vigente, su apartado 2 no es claro: si la "renovación pactada" es la de la tarjeta, resulta extraña la referencia cuando en el apartado inmediatamente anterior se afirma la procedencia de la renovación aun cuando no esté pactada; algunos informes consideran que este segundo párrafo se refiere en realidad a la "renovación" del contrato - no de la tarjeta-, en cuyo caso tendría más sentido llevar

la previsión -con otra redacción- al artículo siguiente. Conviene, en suma, aclarar el sentido y alcance del artículo 663-8.

Por último, es necesario observar que, en el artículo 663-9 se establece que el contratante puede denunciar unilateralmente el contrato de emisión de la tarjeta "en cualquier momento, sin necesidad de preaviso" (con devolución de la tarjeta o declaración de haber sido destruida). Esta previsión choca con lo dispuesto en los artículos 21 de la LSP y 45 de la Directiva 2007/64, que permiten al usuario del servicio de pago resolver el contrato "en cualquier momento a menos que las partes hayan convenido en un preaviso" (preaviso cuyo plazo no podrá exceder de un mes). Esa discordancia con el Derecho de la Unión Europea ha sido subrayada en distintos informes (como el de ServiRed o el de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad). A juicio del Consejo de Estado, la discordancia queda salvada a partir del carácter dispositivo de las normas que regulan los contratos (afirmado con carácter general en el artículo 411-1), de forma que la innecesariedad de preaviso podría quedar desplazada por el pacto expreso que lo previera (y que, en tal caso, tendría que ser conforme a lo previsto en los citados artículos 21 de la LSP y 45 de la Directiva 2007/64). En cualquier caso, la claridad de esta apreciación se difumina al no estar incluida la regulación del contrato de tarjeta en el Libro V, en sede de contratos: se reitera por tanto, una vez más, la observación con la que se iniciaban estas consideraciones sobre el Título VI.

Duodécima. Libro séptimo: La prescripción y caducidad

El Libro Séptimo del proyectado nuevo Código regula la prescripción y la caducidad; sigue, según la memoria de análisis del impacto normativo, las posiciones más modernas tanto de los ordenamientos nacionales como del tráfico internacional, e incorpora por primera vez una regulación general de los aspectos fundamentales de la caducidad.

Precisamente, ese carácter general de la regulación -tanto de la prescripción como de la caducidad- ha sido objeto de una severa crítica por parte del Consejo General del Poder Judicial, que ha insistido en que esa vocación generalista de alguna manera suplantaría a la regulación civil de la prescripción -a menudo trasnochada y perfilada jurisprudencialmente-, por lo que hubiera debido ubicarse en el Código Civil.

El Consejo de Estado comparte el criterio expresado por el Consejo General del Poder Judicial en su informe y considera que, en efecto, la regulación general de la prescripción y de la caducidad debe ubicarse en el Código Civil. Ha de insistirse por tanto, una vez más, en la observación de carácter general formulada al comienzo de las consideraciones relativas al Libro IV del Anteproyecto.

Ahora bien, en materia de prescripción y caducidad debe tenerse en cuenta un factor adicional, puesto que mientras las bases de las obligaciones contractuales tienen una reserva competencial expresa a favor del Estado en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, en materia de prescripción y caducidad puede haber, junto a las normas del Código Civil, otras normas autonómicas (así, Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña).

Así las cosas, entiende el Consejo de Estado que el legislador estatal, en el marco de la competencia exclusiva que le corresponde en materia de legislación mercantil, puede introducir una regulación de la prescripción y de la caducidad, para el ámbito mercantil, que se separe de la prevista en el Código Civil (y de las previstas en los derechos civiles, forales o especiales), de acuerdo con la reserva competencial prevista en el artículo 149.1.6ª de la Constitución. No obstante, a juicio del Consejo de Estado, lo correcto es que la regulación general de prescripción y caducidad se mantenga en el Código Civil -en línea con lo observado más arriba- y que en el Código Mercantil se recojan las especialidades que se consideren pertinentes para este concreto ámbito, con una remisión expresa -en lo demás- a lo dispuesto en el Código Civil.

Una segunda cuestión de carácter general que se ha planteado en distintos escritos en relación con este Libro Séptimo ha sido la de reconsiderar la conveniencia de una

regulación diferenciada de la prescripción y la caducidad (al igual que se han formulado sugerencias de aproximación de ambos regímenes, como la admisión de pactos sobre la prescripción o la supresión del carácter imperativo de los plazos). En relación con ello, se ha dicho que, estando ambas instituciones orientadas a fortalecer la seguridad jurídica, la dualidad de regímenes la debilita. Como alternativa, cabría trazar más nítidamente los perfiles que separan ambas instituciones llevando a sede legal las diferencias que entre ellas han ido destacando la doctrina y la jurisprudencia.

Como cuestiones concretas, se ha objetado en distintos informes la "imperatividad" de los plazos de prescripción, a partir de la regulación existente en otros ordenamientos europeos, de las prácticas en el tráfico mercantil (en particular, en los contratos de compraventa de empresas) y de la ya apuntada sugerencia de unificar el régimen de la prescripción y la caducidad. Se trata de distintas opciones de política legislativa sin que el Consejo de Estado vea razones de peso para objetar la adoptada en el Anteproyecto (sin perjuicio de lo que a continuación se dirá).

En cuanto a la alegación de la prescripción (artículo 711-3), deberían precisarse los efectos que tiene la alegación prevista en el apartado 2 sobre el beneficiario no alegante.

En relación con la interrupción y la suspensión de la prescripción, quieren hacerse dos observaciones. Por una parte, cabe notar que se ha introducido en el artículo 713-1, como causa de interrupción de la prescripción, la "iniciación de un procedimiento arbitral" (que no se encontraba en versiones anteriores del texto); pues bien, ello debería llevar a introducir también una referencia a ese procedimiento arbitral en el artículo 713-2 (sobre los efectos de la interrupción) y, más concretamente, en su apartado 2.

Por otra parte, conviene ponderar la conveniencia de introducir como causa de suspensión de la prescripción el acuerdo de las partes. Como se dice en uno de los informes incorporados al expediente, si se abren negociaciones entre las partes para evitar el conflicto, la no suspensión de la prescripción puede perjudicar la buena fe y leal marcha de la negociación, y puede llevar a que quien se considera titular del derecho discutido se vea forzado a ejercer acciones judiciales (o a iniciar un procedimiento arbitral o de mediación) para evitar la prescripción de su derecho. Se sugiere, por ello, una reflexión sobre la conveniencia de introducir aquella causa de suspensión de la prescripción.

Decimotercera. Consideraciones finales

Concluido el examen de las previsiones en que se articula el Anteproyecto remitido a dictamen, debe ahora manifestar este Consejo que se está ante una iniciativa legislativa a la que se ha dedicado un muy serio y concienzudo esfuerzo de preparación, que está a la altura de la importancia del texto que se trataba de elaborar.

Tratándose del intento de poner al día uno de los textos legales capitales de nuestro ordenamiento jurídico, y sin perjuicio de ese juicio general positivo, el Consejo de Estado ha formulado diversas observaciones a los términos finales en que la propuesta de nuevo Código Mercantil está concebida y redactada.

Tales observaciones han tratado de insistir en algunos aspectos de carácter general que afectan a los ejes estructurales de la regulación proyectada, en cuanto se concibe, precisamente, como un Código Mercantil. En atención a esa naturaleza y para ser fiel a la misma, es necesario reparar en los elementos configuradores de un cuerpo legal de ese tipo, tanto en lo que se refiere al continente -código- como en lo que se refiere al contenido -mercantil-.

En cuanto a lo primero, y tal y como se indicó al comienzo de las consideraciones de la presente consulta, existen profundas diferencias entre esta nueva codificación mercantil y la primera que se llevó a cabo entre nosotros. Pese a ello, la idea codificadora sigue yendo más allá de una simple recopilación, compendio o colección de leyes para apuntar a un sistema orgánico, esto es, a una sistematización de las normas

de un determinado ámbito en un cuerpo dotado de armonía y consonancia entre sus partes que, además, ha de tener vocación de permanencia. En consecuencia, tratándose de un Código, sólo deben incorporarse a él aquellas normas que deban insertarse en ese sistema orgánico dotado de vocación de permanencia.

En cuanto a lo segundo, es propio de los Códigos ceñirse a un ámbito del ordenamiento dotado de cierta homogeneidad -civil, penal, procesal, mercantil-, lo que está vinculado al mismo concepto de Código que ha quedado apuntado, puesto que esa homogeneidad material permite alcanzar aquella armonía y consonancia en torno a unos principios estructurales propios de la materia de que en cada caso se trata. Por ello, y por tratarse de un Código Mercantil, se han formulado reservas en relación con la incorporación al mismo de normas de marcado carácter jurídico- público, como también desde la perspectiva de su extensión al ámbito propio del Derecho civil.

En suma, entiende este Consejo que deben salvarse las contraindicaciones y problemas que derivan de algunos de los grandes criterios que se han aplicado para estructurar y desarrollar el Anteproyecto, llevando a cabo una revisión del texto preparado para la que pueden avanzarse cuatro grandes criterios que sintetizan las observaciones que se han formulado a lo largo del presente dictamen.

Importa igualmente reiterar que, tal y como se dejó ya apuntado en la segunda consideración del presente dictamen, esa revisión debería propiciar la concurrencia de los diversos puntos de vista a considerar, lo que invita a diseñar un procedimiento y modo de actuación que permita contar con especialistas en las distintas disciplinas y ramas jurídicas afectadas y, muy especialmente, en la legislación civil y regulación jurídico-pública a que se han venido haciendo referencia.

1. El Código como sistema orgánico: inserción o exclusión de otras regulaciones mercantiles. Son varios los casos en los que se han planteado dudas -bien en el expediente, bien en el presente dictamen- acerca de la conveniencia de insertar en el proyectado Código determinadas regulaciones que, hasta la fecha, se encontraban extramuros del Código de Comercio a pesar de su indudable naturaleza mercantil. A juicio del Consejo de Estado, el criterio que debe inspirar la decisión acerca de su inserción en el Código Mercantil o su mantenimiento extramuros del mismo ha de estar vinculado al concepto mismo de Código, en cuanto sistema orgánico, sin forzar la incorporación al mismo de regulaciones que se encuentran ya incorporadas a otros cuerpos legales dotados de una estructura sistemática que quedaría quebrantada si se extrajera la regulación mercantil para su incorporación al Código. Depende, en suma, no sólo de la consistencia que esa regulación hallaría en el Código Mercantil, sino también de la que perdería si se desgajara del cuerpo legal al que hasta ahora está incorporado. En unos casos, es clara la procedencia de su incorporación al proyectado nuevo Código Mercantil (por ejemplo, en materia de sociedades); en otros, es preferible la conservación de otros cuerpos sistemáticos (por ejemplo, en materia concursal); pero, cuando sea dudoso, debe seguirse el criterio indicado para decantarse por una u otra opción, en función de la configuración que finalmente se dé al Código proyectado.

En este sentido, se echa en falta una justificación de las razones que han llevado a excluir determinadas materias que, en principio, podrían haber quedado incorporadas en razón de la materia. Como ha quedado indicado, esa justificación debería partir, fundamentalmente, de un análisis basado en el criterio ya apuntado.

En todo caso, no se considera acertada la opción -elegida en otros casos- consistente en desdoblar la regulación, de forma que, a la vez que se mantiene la regulación existente fuera del Código, se insertan en él algunas normas, más o menos generales, propias de esa regulación (por ejemplo, en materia de condiciones generales de contratación). Ya se ha advertido sobre las disfunciones que esta opción puede generar, en lo que ha de insistirse ahora.

2. La vocación de permanencia propia de un Código. Como se ha indicado, la vocación de permanencia es inherente a la idea misma de codificación. En el presente caso, la numeración adoptada podría verse como una renuncia anticipada a esa pretensión, en cuanto halla su razón de ser en las previsibles modificaciones normativas

futuras; pero también puede verse como un diseño de mantener las previsiones existentes, de forma que su numeración y estructura no se vea alterada por ulteriores modificaciones normativas.

En todo caso, esa vocación de permanencia aconseja una especial cautela para no incorporar al Código determinadas normas que se caracterizan por su mayor variabilidad, como son las normas de detalle, más propias de un reglamento, o las normas de mayor impronta jurídico-pública (y, en particular, las mediatizadas por normas de la Unión Europea). En relación con las primeras, se pueden detectar en el texto consultado algunos artículos más propios de normas reglamentarias (normalmente, de mayor extensión y detalle), que convendría dejar fuera del Código, siquiera fuera mediando las oportunas remisiones reglamentarias allí donde se considerase oportuno. En definitiva, el tipo general de preceptos incorporados al nuevo Código debería ser el de las normas claras, concisas y con vocación de permanencia. En cuanto a las de mayor impronta jurídico-pública, es conocida su mayor variabilidad, plasmada en la gráfica expresión de la legislación motorizada, lo que, en principio, apuntaría también a su exclusión del Código Mercantil proyectado; no obstante, estas últimas plantean algunas otras cuestiones que merecen consideración aparte.

3. Las normas de carácter jurídico-público. El Anteproyecto sometido a consulta tiene por objeto la materia mercantil, ámbito claramente enmarcado en el ámbito del Derecho privado, de forma que, en principio, deben quedar fuera las normas de carácter jurídico-público, tal y como se ha puesto de manifiesto en algunos casos concretos a lo largo del dictamen. Ahora bien, ello no permite ignorar que muchos ámbitos del Derecho mercantil están sometidos, con mayor o menor intensidad, a una disciplina jurídico-pública, propia de los ya comentados "sectores regulados". Dicha disciplina no sólo trata de dar respuesta a los problemas de todo orden -también económicos- que pueden derivar de la llamada "desregulación", sino que, como se indicó al comienzo de estas consideraciones, puede verse como una manifestación más del carácter social que el artículo 1 de la Constitución predica del Estado de Derecho en que España se constituye y de las funciones que el artículo 9 encomienda a los poderes públicos.

Ciertamente, en muchas ocasiones no es fácil deslindar las normas estrictamente privadas de aquellas que pueden ser calificadas como de naturaleza pública, especialmente cuando una regulación tiene el designio de proteger a la parte más débil de una relación privada, como ocurre en diversos ámbitos de los contemplados en el Código proyectado. No es este lugar para hacer un detenido análisis de esta cuestión, que ha merecido apreciaciones doctrinales diversas; pero sí puede apuntarse el criterio de que el Código Mercantil ha de centrar su atención en las relaciones inter privados y en las normas que han de regular esas relaciones (con independencia de la concreta calificación que se les quiera dar), así como en las consecuencias jurídico-privadas derivadas de los incumplimientos correspondientes (sanciones de nulidad, anulabilidad, ineficacia, etc.); y dejar al margen, en cambio, los requisitos de índole jurídico-pública exigidos a los agentes económicos, las relaciones jurídico-públicas y las normas reguladoras de tales relaciones, así como las consecuencias jurídico-públicas derivadas de sus incumplimientos (exigencias de autorizaciones, multas, etc.).

Ahora bien, la combinación de las dos ideas que acaban de apuntarse exige extremar las cautelas para que la inserción en el proyectado Código Mercantil de determinadas regulaciones preexistentes no desemboque en una desregulación de los ámbitos incorporados ni contribuya a ella, de forma directa ni indirecta. Para ello, es necesario un cuidadoso análisis de cada una de las normas derogadas -incluso de cada uno de sus preceptos-, a fin de que la incorporación de una materia al Código, y la correspondiente derogación de la norma que hasta ahora la regulaba, no haga desaparecer ni directa ni indirectamente el régimen jurídico-público aplicable en ese concreto ámbito (como se advirtió, por ejemplo, en relación con la contratación en pública subasta -con la observación de que no sólo quedaban derogadas normas de marcado carácter jurídico-público, sino que esas derogaciones dejaban sin contenido otras que quedaban formalmente sin derogar-).

En esa misma línea, el Consejo de Estado considera que es necesaria una especial cautela para evitar aquella desregulación no deseada, manteniendo determinadas regulaciones fuera del Código Mercantil aun cuando afecten a las relaciones mercantiles: bien como regulaciones limitadas a normas jurídico-públicas que incidan sobre la misma materia - aunque desde distinta perspectiva-, bien como regulaciones integradoras de normas públicas y privadas (que quedarían, así, fuera del Código, desde el que se podría hacer la oportuna remisión, como se hace en ocasiones en el texto sometido a consulta). La elección de una u otra opción habrá de tener en cuenta el criterio antes apuntado de la necesaria sistematicidad del Código en relación con la sistematicidad que deba también tener el cuerpo legal del que eventualmente habría de extraerse la regulación de referencia. Y, en todo caso, bajo la directriz de que el Código Mercantil debe quedar limitado, en línea de principio, a la regulación de relaciones inter privados.

4. Derecho mercantil y Derecho civil. En muchas ocasiones a lo largo del presente dictamen se ha llamado la atención sobre la desmedida expansión del Derecho mercantil, a costa del Derecho civil, que el texto sometido a consulta supondría y que es ineludible corregir. Sobre ello se ha insistido, en particular, en dos momentos: al examinar el ámbito de aplicación del Código proyectado y en sede de contratación. Así, por una parte, se ha subrayado la extensión exagerada de la legislación mercantil que deriva, no sólo del amplio concepto de "operador del mercado" que el Código toma como punto de partida, sino también del hecho de que su mera presencia determine el carácter mercantil del acto o relación de que se trate. Por otra parte, en sede de contratación, se ha advertido, desde otra perspectiva -independiente y distinta de la definición del ámbito que recogen los artículos liminares del Anteproyecto-, sobre la necesaria contención de las normas mercantiles, a fin de que no invadan el ámbito propio del Derecho civil, de forma que el Código Civil continúe siendo el marco legal en el que se establezca la regulación general común de las obligaciones y de la contratación privada, mientras que el Código Mercantil debe limitarse a precisar las concretas reglas en que se considere que el tratamiento mercantil ha de ser diferente del establecido con carácter general en el Derecho civil (sin perjuicio de las remisiones específicas que puedan estimarse procedentes).

En fin, se ha advertido a lo largo del dictamen sobre las muy diversas implicaciones que esa extensión del Derecho Mercantil -en la doble dirección apuntada- puede suponer tanto en el orden social, como en el legal e incluso en el plano constitucional - en particular, en razón de la distribución constitucional de competencias-. En suma, evocando un concepto caro a la jurisprudencia constitucional -como es el de garantía institucional-, es necesario que el Derecho mercantil siga siendo reconocible como Derecho mercantil (y que lo mismo suceda con el Derecho Civil); es necesario, en definitiva, preservar la "imagen maestra" del Derecho mercantil -y del Derecho Civil- en términos reconocibles para la conciencia social de cada tiempo y lugar.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que, a los efectos de ser elevado a la aprobación del Consejo de Ministros para la ulterior remisión a las Cortes Generales del correspondiente proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de Código Mercantil objeto del presente dictamen debe ser revisado a la luz de las observaciones avanzadas en el cuerpo de esta consulta."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 29 de enero de 2015

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.