



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

JOSÉ LUIS TERRERO CHACÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

I.

ANTECEDENTES

1. Con fecha de 10 de junio de 2014 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante el Anteproyecto), remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de emisión del preceptivo Informe conforme a lo previsto en el artículo 561.1.6ª LOPJ.
2. Por acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 17 de junio de 2014, se designó Ponente a la Excmá. Sra. Vocal D^a. María del Mar Cabrejas Guijarro, y posteriormente por acuerdo de la misma Comisión Permanente de 24 de junio de 2014, se designó como segundo Ponente al Excmo. Sr. Vocal D. Vicente Guilarte Gutiérrez. La Ponencia fue elevada al Pleno de este Consejo para su aprobación en su reunión de 30 de septiembre de 2014.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

3. La función consultiva del CGPJ, a que se refiere el artículo 561.1 de la LOPJ, tiene por objeto informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a *"normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales"* (vid. ordinal 6ª, a la que se refiere específicamente el oficio de remisión).
4. A la luz de esa disposición legal, el parecer que a este Órgano constitucional le corresponde emitir sobre el Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en aquélla se indican, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.
5. No obstante, el CGPJ se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan, por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución española (CE). En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.

6. Por último, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de primacía normativa, técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

7. El Anteproyecto sometido a informe es una norma extensa, compuesta por 1727 artículos, que se articulan en torno a un Título Preliminar y siete Libros, subdivididos a su vez en Títulos, Capítulos, Secciones y Subsecciones, con una numeración que, al decir de la MAIN, *"en el futuro facilitará su modificación y adaptación"*, y precedidos de la correspondiente Exposición de Motivos. Así mismo, el Anteproyecto incorpora seis disposiciones adicionales, cinco transitorias, una única derogatoria, y once disposiciones finales.
8. El Anteproyecto viene acompañado de la preceptiva Memoria de Análisis Normativo (en adelante MAIN), y encuentra habilitación competencial en el art. 149.1.6º CE, relativo a la legislación mercantil, competencia constitucionalmente atribuida al Estado en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

exclusiva. Al mismo tiempo, el Anteproyecto contiene algunas normas procesales, amparadas en el precepto citado, así como la regulación del Registro Mercantil, enmarcada en el título competencial referido a los registros públicos que el art. 149.1.8º CE encomienda al Estado, y normas sobre propiedad industrial, competencia a la que se refiere el art. 149.1.9º CE.

9. Como se explica en la Exposición de Motivos y se reitera sucintamente en la MAIN, el Código Mercantil en proyecto efectúa una recodificación, actualización y complemento de la mayor parte de nuestra legislación mercantil. De modo que la propuesta contiene tanto las normas sobre el régimen jurídico de la empresa, la responsabilidad y representación del empresario, el registro mercantil y la contabilidad, el régimen jurídico de las sociedades mercantiles, las obligaciones y los contratos mercantiles, valores e instrumentos de crédito y de pago y la prescripción y caducidad.
10. En otros términos, el Código proyectado acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula, siguiendo el modelo implantado por el *Code de Commerce* francés de 2000, dejando fuera aquellas normas que disciplinan la intervención pública o las normas administrativas aplicables en determinados sectores, materias que continúan reguladas en sus respectivas leyes, como es el caso de la defensa de la competencia o del mercado de valores.
11. El exhaustivo resumen del Anteproyecto que contiene el apartado I.3) de la Exposición de Motivos, detallando el contenido del mismo, exime de ahondar aquí en una descripción más detenida, aunque sí merece reseñarse, como antecedente directo del proyecto que se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

examina, el encargo realizado por el Ministro de Justicia en 2006 (Orden de 7 de noviembre de 2006), a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de codificación, para la elaboración de un nuevo Código Mercantil. El cumplimiento de ese encargo, como expresamente menciona la MAIN, se ha traducido en la elaboración del presente Anteproyecto.

12. Con carácter general, el Anteproyecto tiene como finalidad garantizar la unidad de mercado, modernizar la regulación del Código de Comercio de 1885 y evitar la dispersión normativa, con el objetivo primordial de incrementar la seguridad jurídica y la agilidad del tráfico económico. Junto a estos fines generales, el Anteproyecto pretende, como explican su Exposición de Motivos y su MAIN,

- i) una actualización y puesta al día de las normas mercantiles, mediante la adecuación a una nueva realidad política y económica;
- ii) ofrecer una respuesta legislativa a realidades aun faltas de regulación y que demandan normas equilibradas y modernas que guíen las relaciones económicas;
- iii) coordinar y dar consistencia al conjunto de esas normas;
- iv) la reducción de aquellas cargas que hoy han perdido significando, potenciando así una mayor eficiencia, y
- v) reforzar la seguridad jurídica.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

13. Como se explica en el epígrafe anterior de este informe, relativo a la función consultiva del CGPJ, el parecer que este órgano constitucional debe emitir sobre el Anteproyecto ha de limitarse a las normas sustantivas o procesales que contiene y en particular a aquellas que se encuadran en la atribución específica que al respecto contempla el apartado 6º del art. 561 LOPJ, es decir, "*normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*"; normas que, en el caso que nos ocupa, representan un reducido número, máxime dada la magnitud del Anteproyecto. En consecuencia, a la vista de la función de informe que cumple a este Consejo, el examen del Anteproyecto se centrará en dichos preceptos; preceptos que vienen determinados en el propio oficio de remisión.

14. En definitiva, la labor consultiva que se reclama de este órgano no lo es para informar la totalidad del Anteproyecto, sino que se solicita la emisión de informe respecto a determinados preceptos, mencionados en el dorso del escrito remisorio, y que se refieren principalmente a la impugnación de los acuerdos sociales, la impugnación de acuerdos del consejo de las sociedades de capital, la vulneración del derecho de información en junta general, la impugnación de acuerdos de los órganos de administración, la impugnación de los acuerdos de la asamblea, la impugnación de la fusión de sociedades, la impugnación de la transfronteriza, la impugnación de la cesión global de activo y pasivo, la impugnación del balance final de liquidación de una sociedad, el plazo de impugnación general de las cotizadas, las acciones derivadas de la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia, la prescripción de acciones y juez competente en el contrato de seguro, el seguro de responsabilidad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

civil y de defensa jurídica, las acciones por falta de pago de los títulos de crédito, la impugnación del resumen de operaciones con tarjeta, la prescripción y caducidad, y las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley concursal.

IV.

EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

15. La reforma proyectada, con carácter general y en particular en la parte sometida a informe de este Consejo, responde a unos objetivos convenientemente estudiados y se vale de un instrumental técnico preciso, fruto de la reflexión llevada a cabo en el seno de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación. En este sentido, y sin perjuicio de la formulación de algunas sugerencias concretas a aspectos específicos que han suscitado un mayor interés de este órgano al abordar tanto este dictamen como en su día el elaborado en relación con el Anteproyecto de la LSC, cabe estimar que las modificaciones introducidas, así como la técnica legislativa utilizada, resultan apropiadas en términos generales para alcanzar las finalidades de política legislativa pretendidas y no plantea óbices jurídicos de sustancial relieve.

16. Por demás, conviene adelantar ya que gran parte de los preceptos respecto de los que se solicita informe de este Consejo ya han sido convenientemente estudiados y valorados en el informe relativo al Anteproyecto de la LSC, dada su equivalencia con los recogidos en el Anteproyecto que nos ocupa, por lo que cabe extender a éstos aquellas conclusiones.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

17. Dicho lo anterior, y habida cuenta de los preceptos a los que se ciñe la consulta solicitada a este Consejo, procede articular el cuerpo del Informe en torno a los siguientes ejes temáticos que este Consejo considera especialmente relevante.

1. Sección Tercera del Capítulo Cuarto del Título I del Libro Segundo.- De la impugnación de los acuerdos sociales

18. En primer término, procede hacer constar que en cuanto esta materia ha sido abordada en el Informe de este mismo Consejo al Anteproyecto de Ley de Sociedad de Capitales (en adelante, LSC), aprobado por Acuerdo del Pleno en su sesión de 29 de mayo de 2014, las reflexiones y consideraciones que se vierten a continuación recogen lo allí dicho.

19. De la reforma propuesta en materia de impugnación de acuerdos sociales debemos hacer las siguientes precisiones.

1.1. Art. 214-11. Acuerdos impugnables

20. El art. 214-11, en su apartado 2º establece que "*[n]o será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes o después de interpuesta la demanda de impugnación*". Procesalmente resulta conveniente fijar un momento en que los términos del litigio no se alteren, la audiencia previa debe de ser el acto procesal a partir del cual no quepa ninguna ulterior modificación del objeto de proceso.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

21. Por ese motivo se propone limitar la posibilidad de sustituir un acuerdo impugnado hasta su celebración. Por ello se propone la siguiente redacción: *"2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de interpuesta la demanda de impugnación o después siempre que sea antes de la audiencia previa"*.
22. Por su parte, el Art. 214-11, en su apartado 3º establece los supuestos en los que no procede la impugnación de acuerdos. La redacción dada a este precepto es bastante confusa al existir excepciones dentro de la excepción. Además de este extremo debemos indicar que en el apartado a) del art. 214-11 se contienen conceptos jurídicos indeterminados que, sin duda, generaran inseguridad jurídica en los operadores, este extremo ya se puso de relieve en el Informe de reforma de la Ley de Sociedades de Capital.
23. En este sentido, en el mencionado Informe de la LSC (epígrafes nº 43 y siguientes) se sostuvo que *"la redacción dada al artículo 204.3 LSC en su primer apartado es sin duda la que más problemas puede plantear, lo que hace oportuno repensar su contenido o, alternativamente, su supresión si no se establecen mecanismos rápidos y seguros de evitar la indefinición que su literalidad conlleva. Mecanismos que, obviamente, deben servir también para detectar y prevenir las irregularidades de los apartados b) y c) si bien el principal problema práctico se planteará en relación con las referencias, un tanto imprecisas, a los vicios no invalidantes de ese apartado inicial"*.



24. *Sin duda la LSC persigue, con buen criterio, evitar que por motivos triviales de escasa trascendencia práctica puedan anularse acuerdos sociales adoptados por las sociedades de capital: la anulación judicial de acuerdos sociales aquejados por tales "vicios menores" o "irrelevantes" constituye una sanción excesivamente gravosa del ordenamiento jurídico y la impugnación por legitimado puede llegar a constituir un ejercicio abusivo de derecho o un acto contrario al interés social.*
25. *El problema reside en la definición de la regla jurídica precisa de convalidación del acuerdo social viciado de defectos "menores" habida cuenta de que resulta imposible obtener una determinación precisa de los criterios que permiten precisar con un mínimo de seguridad cuáles son los vicios que deben reputarse como no-invalidantes del acuerdo social en cuestión. Es inevitable acudir para ello a conceptos jurídicos indeterminados como son los que se emplean en la redacción dada al artículo 204.3.a) LSC en la propuesta. Así, se habla de "mera infracción de los requisitos procedimentales", contraponiéndola a la "infracción de carácter relevante".*
26. *A la vista de la infinita casuística que cabe imaginar (la fenomenología es tan rica que se resiste a una clasificación o a una enumeración de grupos de casos), de prosperar la reforma, las sociedades están condenadas a soportar una inseguridad jurídica mayúscula con el riesgo de que, al cabo de mucho tiempo, confiados los administradores en el carácter irrelevante de los vicios no invalidantes de ciertos acuerdos, se puedan encontrar ellos y los socios, después, con una sentencia de nulidad de un acuerdo adoptado quizás en el lejano pasado; anulación cuya ejecución puede*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

crear un caos organizativo interno si existen acuerdos posteriores al afectado por el vicio (pensemos en aumentos y reducciones de capital adoptados con posterioridad o actos jurídicos realizados por el administrador nombrado en junta anulada). Por elementales razones de seguridad jurídica, sobre todo si se tiene en cuenta que inevitablemente tardará en forjarse una jurisprudencia comprensiva sobre el particular, no resulta tolerable la inseguridad inevitable a la calificación de importancia de ciertos defectos cuya ponderación entraña un inevitable arbitrio y discreción en el juzgador."

27. En este sentido, el precepto que ahora comentamos del Anteproyecto afirma que no se permitirá la impugnación de los acuerdos por "mera infracción de los requisitos procedimentales establecidos en la ley" salvo que "afecte 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 cualquier otra que tenga carácter relevante". El problema reside en identificar lo que es una mera infracción procedimientos de una que tenga carácter relevante.

28. Por ello en línea con lo indicado en el referido informe de reforma de la LSC se debería corregir la redacción bien suprimiéndolo o haciendo un filtro previo de lo que se entiende mera infracción procedimental.

29. Con ocasión del informe a la LSC este Consejo entendió que existían dos posibilidades alternativas: a saber, "[u]na primera radica en eliminar, al menos, este apartado inicial del art. 204.3 LSC por contrario al principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución (art. 9.3 CE)", o bien "acudiendo al ejemplo del derecho comparado, cabe contemplar la posibilidad de introducir ciertas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cauteladas para el conocimiento temprano y sumario de las controversias menores relativas a la ponderación como irrelevantes de los defectos no invalidantes”.

30. En este sentido, el informe contempla la posibilidad de que la *“impugnación judicial pueda plantearse, con suspensión del curso de los autos si existen otras causas de fondo, como cuestión incidental de previo pronunciamiento el que se está a presencia de cualquiera de las deficiencias no invalidantes a que hacen referencia los apartados 1 a 3 de este art. 204.3, en términos recurribles en apelación. Con ello las cuestiones irrelevantes se decidirían en todo caso en un proceso mucho más ágil evitando esos posibles abusos que la reforma trata en todo caso de evitar”,* o bien sostiene que de *“igual manera, con carácter preventivo, cabría regular que tratándose de acuerdos inscribibles se plantee esa incidencia ante el Registrador Mercantil que calificará si esa infracción es o no relevante, y si estima que no lo es y suspende la inscripción sea posible el recurso judicial contra las calificaciones negativas”,* para concluir que *“[d]e esta manera, se trata de establecer un sistema de filtros rápidos para depurar los defectos invalidantes más triviales y que no distraigan la actuación jurisdiccional de los temas relevantes del fondo”,* alternativas que *“se inspiran en lo previsto en otras legislaciones, en especial en la alemana con un efecto parcialmente convalidante de los acuerdos inscritos en el Registro Mercantil y la posibilidad de rechazo en trámite previo de las impugnaciones manifiestamente infundadas (cfr. §§ 241 y ss. AktG).”*

31. De las dos opciones en su día propuestas optaríamos por el trámite de depuración ante el Registro Mercantil en línea con la legislación alemana mencionada.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

32. Igualmente, hacemos nuestras las precisiones que constan en el informe de la LSC (epígrafes 53 a 57) sobre las excepciones del apartado b y c del art. 214-11.3, consideraciones que reproducimos a continuación y que son trasladables a lo previsto en los preceptos citados del Anteproyecto:

33. *"El tercero de los aspectos que merece comentario a propósito de la reforma del art. 204 LSC, es el relativo a la imposibilidad de basar la impugnación en 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 (letra b/ del tercer apartado del art. 204). Sin duda, esta salvedad es indicativa de que sí se admite la posibilidad de que una falta de suministro de información o la incorrección de la suministrada sea base de una acción de impugnación, si acaso la información en cuestión fuera esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista medio del derecho de voto u otro derecho de participación. Ello contrasta con lo preceptuado en el proyectado art. 197.5 LSC, que refiriéndose a la vulneración del derecho de información previsto en el art. 197.2 (el ejercido verbalmente durante la celebración de la junta), establece que "sólo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la Junta general".*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

34. *Esto significa que el prelegislador no concibe que, tratándose del derecho de información ejercido constante junta, pueda darse que la vulneración del mismo pueda resultar en modo alguno 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. Debe sugerirse la reconsideración de esta apreciación tan terminante, pues no es radicalmente descartable que la falta de información suficiente, y sobre todo el suministro de información incorrecta, en respuesta a una petición de información formulada durante la celebración de la junta, pueda comportar una afectación esencial, para un socio medio, del ejercicio de su derecho al voto.*

35. *La jurisprudencia, si bien es consciente de la mala fe o abuso de derecho que en muchas ocasiones mueve al impugnante que recurre a una supuesta vulneración de su derecho de información para tratar de conseguir la anulación de los acuerdos de la junta (vid. SSTS de 31 de julio de 2002, 8 de mayo de 2003 y 17 de febrero de 2006, entre otras), también ha afirmado que la apreciación de la existencia de un ejercicio abusivo del derecho de información exige que se demuestre que se sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, pudiendo deducirse de la intención del autor, de la finalidad que persigue o de las circunstancias concurrentes, pero en todo caso debiendo quedar claramente manifestado ese abuso (vid. SSTS de 19 de octubre de 1995, 6 de febrero de 1999, 14 de mayo de 2002 y 16 de junio de 2006). De aceptarse pues nuestra sugerencia, bastaría con agregar al final del art. 197.5 LSC, tras la frase "no será causa de impugnación de la junta general", un inciso del tenor siguiente: "salvo lo dispuesto en la letra b/ del tercer apartado del artículo 204".*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

36. *Con carácter subsidiario, se recomienda al menos reformular la redacción del art. 204.3.b) LSC, a fin de cohonestarla con la del art. 197.5 LSC, pues si a fin de cuentas la falta de suministro de información suficiente o la incorrección de la suministrada sólo puede tener virtualidad impugnatoria –si afectase de forma esencial al ejercicio razonable por el socio medio del derecho de voto u otro derecho de participación– cuando se trate de información solicitada con anterioridad a la celebración de la junta, sería apropiado que este matiz tuviera reflejo en el propio art. 204.3.b), de tal forma que pasara a decir [en subrayado la aclaración propuesta]:*

"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, solicitada con anterioridad a la junta, 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".

37. *En otro orden de cosas, debe efectuarse alguna observación sobre el grupo de motivos que no pueden dar lugar a impugnación contemplado en la letra c) del art. 204.3 LSC, a saber "la participación en la reunión de personas no legitimadas", supuesto que también incorpora una excepción, consistente en que "esa participación hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano". A juicio de este Órgano esta letra 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, y de ahí precisamente que el precepto introduzca la salvedad en*



cuestión. Así pues, se recomienda revisar la redacción de esa letra c), y en concreto la salvedad de su segundo inciso, de donde podría tal vez suprimirse el término "válida" (quedando "salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano"), o añadirse el adverbio "aparentemente" (quedando entonces "salvo que esa participación hubiera sido determinante para la aparentemente válida constitución del órgano")."

1.2. Artículo 214-14. Legitimación pasiva.

38. En la redacción propuesta se indica: *"1. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el demandante tuviese la representación exclusiva de la sociedad, y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará a la persona que haya de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado".*

39. En el caso que los actores sean los representantes legales de la sociedad el primer problema con el que se encontrará el juez será de emplazamiento, por lo que tiene que designar a la persona que vaya a representar a la compañía antes de emplazarla, y para ello necesita los datos de las personas entre las que debe elegir dicho representante. Por ello se propone la siguiente redacción: *"1. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el demandante tuviese la representación exclusiva de la sociedad, y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará a la persona que haya de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado. A dichos efectos el demandante deberá*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

proporcionar al juez los nombres y las direcciones de los que hayan votado a favor del acuerdo entre los que el Juez nombrará al socio que haya de representar a la sociedad.”

1.3. Artículo 214-15. Procedimiento de impugnación.

40. Se prevé la siguiente redacción: *“Para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. Esta propuesta trata de ajustarse a las recomendaciones que contiene el informe sobre la LSC que hemos reiterado en epígrafes precedentes de este Informe, en tanto sería una forma de solucionar de forma rápida aquellos litigios que no tengan entidad suficiente, el acuerdo impugnado haya sido sustituido por otro o dejado sin efecto, o respecto de los cuales el demandante no los haya denunciado en el momento oportuno y continuar únicamente haya sentencia aquellos pleitos que tengan entidad suficiente. Se propone la siguiente redacción: *“Para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El demandado podrá oponer en su contestación que los acuerdos no puede ser impugnados conforme lo previsto en el art. 214.11 o que el actor no procedió conforme el art. 214.13.4, para su resolución en la audiencia previa, conforme lo previsto en el art. 416 LEC”*.

2. Sección quinta, Capítulo tercero, del Título tercero del Libro Segundo. Ejercicio del derecho de información en la junta general (art. 233-39).

41. El texto del art. 233-39 del Anteproyecto coincide con los apartados 2 y 5 del art. 197 del Anteproyecto de la LSC, de modo que lo dicho



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

respecto al mismo en el informe correspondiente debe darse aquí por reproducido.

42. Dispone el precepto enunciado que:

"1. Durante la celebración de la junta general cualquier socio, presente o representado, podrá solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Si el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.

2. La vulneración del derecho de información previsto en este artículo solo 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."

43. Este precepto ha de interpretarse, como se hiciera con ocasión del dictamen referente al Anteproyecto de la LSC, con el anterior, esto es, con el art. 233-38, referido al ejercicio del derecho de información antes de la junta general; precepto que establece que "[h]asta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen previstas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, o formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes", y que "[l]os administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general". Esta disposición coincide con lo recogido en el apartado 1 del art. 197 del Anteproyecto de la LSC.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

44. En el informe sobre dicho Anteproyecto, este Consejo sostuvo que los diferentes momentos en que se activan las dos modalidades para el ejercicio del derecho de información, aconsejan no anudar a ambas las mismas consecuencias jurídicas. En efecto, como la lectura del precepto permite comprobar, el derecho de información puede ser ejercitado con carácter previo a la celebración de la junta general, en cuyo caso debe ser atendido por escrito antes de dicha celebración, o bien puede ejercitarse durante la junta, en cuyo caso debe ser respondido verbalmente durante la propia reunión, admitiéndose no obstante que, en determinadas circunstancias, pueda contestarse por escrito en los siete días posteriores a su celebración.
45. Tal y como relata el Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo (CEGC), creado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, para proponer iniciativas y reformas normativas adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas y prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen gobierno de las sociedades cotizadas, el ejercicio del derecho de información previo a la junta está directamente ligado al interés del accionista de formarse una opinión que le permita un ejercicio diligente de sus derechos como accionista y, en concreto, del derecho de voto, mientras que no sucede lo mismo –o no con la misma rotundidad– con el ejercicio del derecho de información durante la junta, el cual de hecho puede ser atendido hasta siete días después de su celebración.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

46. De ahí que –como sigue el Informe CEGC– la vulneración del derecho de información ejercido por el accionista durante la junta no debería ser motivo de impugnación de los acuerdos adoptados en ella, al existir una evidente descoordinación entre el derecho supuestamente vulnerado (que, por la mera posibilidad legal de ser atendido tras la junta general no incide en su desarrollo) y la consecuencia que se pretende: la impugnación de los acuerdos adoptados en dicha junta. Es más, según la Comisión de Expertos, la experiencia enseña que el ejercicio del derecho de información durante la junta esconde muchas veces propósitos ajenos a su finalidad y, en ocasiones, se usa de forma abusiva con el propósito de crear artificialmente un motivo de impugnación.

47. Por todo ello, en pos de un adecuado equilibrio de los distintos intereses en juego, la reforma propugnada por la CEGC traza una diferenciación entre las consecuencias jurídicas de las distintas modalidades de su ejercicio, al tiempo que incorpora algunas cautelas para acotar el ejercicio del derecho de información dentro del marco de la buena fe y evitar un ejercicio abusivo de éste. La diferencia principal –ya lo hemos dicho– es que la vulneración del derecho de información ejercido durante la celebración de la junta, a diferencia del ejercido con anterioridad, sólo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información, junto con los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, sin que esa vulneración constituya causa de impugnación de la Junta general.

48. Por lo que se refiere a las cautelas, consisten en la posibilidad de denegar la información solicitada cuando se estime que su publicidad podría perjudicar el interés social o de las sociedades vinculadas, así como cuando se repute innecesaria para la tutela de los derechos del



socio, o se adviertan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales. Todas ellas provienen, como explica el Informe CEGC, de la Propuesta de Código Mercantil (PCM) elaborada por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, por encargo del Ministerio de Justicia (Orden de 7 de noviembre de 2006), que se han trasladado al art. 233-40, apartado 1, sobre los límites del derecho de la información, del Anteproyecto que establece que *"[l]os administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los artículos anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los intereses del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a sociedades vinculadas"*. Ahora bien, la información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social, aunque los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social; disposición que se corresponde con el apartado 4 del art. 197 del Anteproyecto LSC, como ocurre también con el apartado 3 del art. 233-40 del Anteproyecto de Código Mercantil, equivalente a la previsión reflejada en el último apartado del art. 197 del Anteproyecto de LSC, que considera que *"[e]n el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados"*.

49. Por otra parte, como mecanismo para fomentar la transparencia y mejorar la información de todos los accionistas, el Informe CEGC relativo al Anteproyecto de LSC considera apropiado que las respuestas a las preguntas válidamente formuladas por los



accionistas se incorporen a la página web de la sociedad desde la fecha de su contestación, de tal forma que formen parte efectiva del derecho de información de todos los accionistas. Este Consejo en su informe al respecto, consideró que dicha propuesta, sólo contemplada para las sociedades cotizadas (art. 520.2 LSC), podría extenderse, mediante su inclusión en el art. 197 LSC, a todo tipo de sociedades de capital; reflexión que debe reproducirse en este momento y recomendar la inclusión de tal previsión en el Anteproyecto de código Mercantil.

3. Subsección sexta del Capítulo III del Título Sexto del Libro Segundo. De la impugnación de la fusión (arts. 263-28 a 263-31)

50.La propuesta de regulación merece un juicio positivo porque acaba con la confusión actual, derivada de la contradicción que supone que el art. 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME) primero afirme que *"ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que haya sido realizada de conformidad con las previsiones de esta Ley"*, y en el apartado siguiente disponga que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses.

51.La propuesta es positiva, cuando menos porque resuelve esta contradicción. Primero, deja claro que cabe la impugnación del acuerdo de aprobación del balance, y que esta impugnación no suspende la ejecución del acuerdo, para que no se paralice el procedimiento de fusión, y evitar así el empleo de la impugnación como medio para obstaculizar la fusión. Luego permite también la impugnación del acuerdo de fusión, pero siempre antes de que se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

hubiera inscrito en el Registro Mercantil. La inscripción tiene efectos constitutivos y conlleva la cancelación de los asientos registrales de las sociedades extinguidas (art. 263-26). Esta previsión normativa aporta seguridad jurídica en el tráfico, pues se garantiza que si previamente a la inscripción no ha existido impugnación, ya no podrá ser objeto de impugnación.

52. También parece acertado que el art. 263-30 prevea los efectos de la estimación de la impugnación de la fusión, y en concreto que no afecte a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción, de las que en todo caso responderán todas las sociedades que hubieran participado en la fusión. Esta previsión legal aporta seguridad jurídica al tráfico.

53. Del mismo modo merece un juicio favorable que la regulación de la impugnación de la fusión se complemente con una acción de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados con la fusión a los socios o a los terceros, pues en muchos casos más que la impugnación, lo que procede es la indemnización del perjuicio que la irregularidad hubiera podido generarles.

54. Es cierto que el art. 47.1 LME ya preveía la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios causados con la fusión, pero no establecía ningún plazo específico de prescripción. Ahora, el anteproyecto establece un plazo de prescripción de cinco años, que resulta muy ajustado, pues ni es tan breve como el de un año propio de las acciones de responsabilidad civil extracontractual del art. 1968 CC, ni tampoco



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

tan extenso de quince años para las acciones personales del art. 1964 CC.

4. Sección Segunda del Capítulo III del Título Sexto del Libro Segundo. De la impugnación de la fusión transfronteriza (art. 263-49)

55.El proyectado art. 263-49 regula de forma específica la impugnación de la fusión transfronteriza, siguiendo un criterio similar a la impugnación de la fusión de sociedades nacionales. También en este caso se permite la impugnación antes de la inscripción registral de la fusión, y se impide la impugnación posterior.

56.Este precepto está relacionado con el art. 263-47, que regula el control de legalidad de la fusión transfronteriza, cuando la nueva sociedad o la sociedad absorbente está sujeta a la legislación española, siguiendo las directrices marcadas por el art. 11 de la Directiva 2005/56/CEE, sobre fusiones transfronterizas. La norma proyectada designa al Registro Mercantil como órgano encargado de controlar *"la legalidad del procedimiento en lo relativo a la realización de la fusión y a la constitución de la nueva sociedad o a las modificaciones sociedad absorbente, así como la aprobación de los mismos términos del proyecto común por las sociedades que se fusionen y, en su caso, la adecuación de las disposiciones sobre participación de trabajadores"*.

57.Con todo ello, la prohibición de impugnación de la fusión una vez inscrita en el Registro da cumplimiento a los previsto en el art. 17 de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la Directiva, que impide pueda declararse la nulidad de una fusión transfronteriza que haya pasado el control de legalidad antes indicado, que en nuestro caso se encomienda al registrador mercantil y que se verifica con la inscripción.

5. Sección segunda del Capítulo IV del Título Sexto del Libro Segundo. Impugnación de la cesión global de activo y pasivo (art. 265-14)

58.La regulación de esta impugnación es muy similar a la impugnación de la fusión, pues también se permite antes de la inscripción registral, pero se impide con posterioridad, en atención a las mismas razones de seguridad jurídica. Lógicamente, también en este caso, de estimarse la impugnación, a la nulidad se le dará la misma publicidad registral que a la escritura de cesión global, y además se publicará en el boletín oficial para lograr la mayor publicidad posible.

59.No obstante, la norma proyectada no contiene ninguna previsión sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios ocasionados con la cesión global, como sí se prevé en el caso de la fusión. Con la regulación actual, el art. 90 LME, en la medida en que se remite para la impugnación de la cesión global a lo previsto en el art. 47 LME para la impugnación de la fusión, permitía la acción de responsabilidad. Sería bueno prever también esta posibilidad, y regularla en igual sentido que en la fusión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

6. Subsección Segunda de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Séptimo del Libro Segundo. Disolución y responsabilidad de los administradores (arts. 272-8 a 272-12)

60. Aunque no haya sido solicitado expresamente, tiene interés que extendamos el informe sobre la regulación de la acción de responsabilidad de los administradores derivada del incumplimiento del deber de promover la disolución, en atención a la problemática judicial que hasta ahora ha planteado y la jurisprudencia generada.

61. Se trata de un régimen de responsabilidad que, al igual que en la actual Ley de Sociedades de Capital, no se encuentra regulado junto con las otras acciones de responsabilidad, social e individual, sino dentro de la normativa sobre disolución, pues el presupuesto de esta responsabilidad es el incumplimiento del deber, por parte de los administradores, del deber de instar la disolución.

62. La propuesta distingue entre las causas de disolución aplicables a toda clase de sociedades mercantiles, reguladas en el apartado 1 del art. 272-8, y la causa de disolución que sólo es aplicable a las sociedades de capital, regulada en el apartado 2 de este artículo, que es la de pérdidas que reduzcan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, a menos que la sociedad hubiera sido declarada en concurso de acreedores. Esta distinción es muy relevante, porque la responsabilidad de los administradores se referirá únicamente a la concurrencia de esta última causa de disolución (art. 272-12), y no al resto, como se regula en la actualidad en el art. 367 LSC.



63. Se introducen algunas precisiones que se apartan de lo que hasta ahora había sido la jurisprudencia respecto del momento del nacimiento del deber de promover la disolución. Así, este deber ya no surge desde que se conoció o pudo conocerse la situación de pérdidas que reducen el patrimonio por debajo la mitad del capital social, que se ligaba con la formulación de los balances trimestrales, sino desde que se hayan formulado las cuentas anuales, de tal forma que será en el orden del día de la junta ordinaria que deba aprobar las cuentas en la que deberá incluirse la propuesta de aumentar, reducir o reintegrar el capital social o de disolver la sociedad (art. 272-11).

64. De este modo, la responsabilidad de los administradores vendrá asociada, en los casos en que concurra esta causa de disolución, al incumplimiento de alguno de los siguientes deberes: i) el de formular a tiempo las cuentas del año anterior; ii) la convocatoria de la junta de socios, dentro del plazo legal, con la propuesta reseñada; y iii) la solicitud de disolución judicial, caso de que se hubiera convocado la junta y esta no hubiera adoptado el acuerdo de disolución ni removido la causa de disolución (art. 272-12).

65. Con estas previsiones se atenúa más el rigor del régimen de responsabilidad, que tal y como está configurado legalmente en la actualidad es excesivo, y sobre todo se racionaliza más, ya que el deber de instar la disolución se anuda a un momento adecuado, el de formulación de las cuentas anuales, y a su aprobación por la junta. Esta regla se adecúa mejor a lo que en la práctica resulta exigible a los administradores de la sociedad, que al término del ejercicio



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

económico, al formular las cuentas anuales, si se cumple el presupuesto previsto de pérdidas que reducen el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, se proponga a la junta la adopción del acuerdo de disolución o una medida de remoción de esta causa, sin perjuicio de que si procede se inste el concurso de acreedores.

66. Es también un acierto que se aclare que la responsabilidad es solidaria entre los administradores y con la propia sociedad, pues la regulación actual que no hace esta precisión puede dar lugar a equívocos.

67. Se establece un plazo de prescripción propio, de dos años, y se liga el comienzo de su cómputo al momento en que pudo ejercitarse. No se aprecia la razón por la que se concede un plazo de prescripción distinto al de las acciones de responsabilidad social e individual, de cuatro años. En cualquier caso, debe considerarse conforme a la seguridad jurídica que el cómputo de este plazo comience desde el momento en que pudo ejercitarse la acción, y se abandone el criterio actual del cese del administrador, que dilatava en exceso el plazo de prescripción, en perjuicio de la seguridad jurídica, y, además, se complicaba, con frecuencia, con la controversia sobre la caducidad del cargo.

68. El único punto de la regulación propuesta con el que disentimos es el relativo a la posibilidad, contenida en el apartado 3 del art. 272-12, de que el cumplimiento tardío de estos deberes extinga la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

responsabilidad frente a los acreedores que no hubieran ejercitado antes la acción. La responsabilidad prevista en estos casos constituye un garantía frente a los acreedores del cumplimiento de los créditos surgidos una vez nació el deber de instar la disolución. De ahí que, a menos que prescriba la acción, esta responsabilidad solidaria de los administradores no debería extinguirse con el cumplimiento tardío, máxime cuando este cumplimiento tardío no garantiza el pago por la sociedad de los créditos nacidos durante el incumplimiento.

7. Subsección Cuarta de la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Séptimo del Libro Segundo. Impugnación del balance final de liquidación (art. 272-36)

69.En realidad, este precepto regula la aprobación del balance final con el que concluyen las operaciones de liquidación de una sociedad, y que debe ir acompañado de un informe completo sobre estas operaciones de liquidación y un proyecto de división entre los socios del patrimonio resultante.

70.La aprobación del balance debe realizarse por la junta de socios, y la legitimación para la impugnación del acuerdo de aprobación se restringe a los socios que hubieran votado en contra, y está sujeta a un plazo especial de dos meses.

71.La regulación proyectada es similar a la que se contiene en la actualidad en el art. 390 LSC, pero con algún matiz, pues la legitimación activa se restringe más todavía. Es lógico que la



legitimación para impugnar el balance se reserve a los directamente interesados, que son los socios, y que dentro de ellos se impida impugnar a los que han votado a favor. Pero no está tan justificado que la restricción se extienda a quienes, sin votar a favor, no votaron en contra, o bien porque se abstuvieron o bien porque no acudieron a la junta. No debería interpretarse ambas opciones como una dejación de derechos, ni como algo incompatible o contradictorio con la posterior impugnación, sobre todo en el caso de los socios que no acudieron a la junta.

8. Título Cuarto del Libro Tercero. De las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia. Capítulo I. De las acciones.

72. De la reforma propuesta en materia de acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia debemos destacar las siguientes novedades y la posibilidad de mejorar el texto propuesto en los siguientes puntos:

73. **El art. 341-1 regula las acciones** ejercitables recogiendo, con algunas modificaciones, las previstas en la LCD 3/1991, de 10 de enero, modificada por la Ley 29/2009 de reforma de la LCD, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

74. En la regulación de la acción declarativa de deslealtad del acto (ahora de ilicitud del acto o práctica) se vuelve a la redacción anterior a la Ley 29/2009 donde se exigía para el ejercicio de la acción declarativa



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la subsistencia de la perturbación “si la perturbación creada por el mismo subsiste”, decía el derogado art. 18.1 LCD. La redacción propuesta incluye una cláusula similar “si la perturbación creada por su realización subsiste”. Entendemos que una vez superado el estado anterior en el que se limitaba la acción declarativa a la subsistencia de perturbación no debemos volver atrás y mantener la posibilidad de ejercitar la acción declarativa en cualquier caso, como se mantiene en la normativa vigente. Esta exigencia de subsistencia de la perturbación había sido considerada por el Tribunal Supremo como un requisito de procedibilidad, pero la jurisprudencia lo ha ido suavizando ya que el Alto Tribunal entendió que al tiempo de ejercitarse la acción debían subsistir los efectos perturbadores provocados por el acto desleal siendo posible que el acto ya hubiera cesado, en cuyo caso se entiende que subsistía la perturbación. Además el requisito de la subsistencia de la perturbación debía operar cuando se ejercitaba la acción declarativa de forma independiente o autónoma pero no cuando se ejercitara como presupuesto para la prosperabilidad de otras, como de la acción de remoción de efectos o de la acción indemnizatoria, en cuyo caso debería analizarse si el acto es desleal y si procede la condena a remover los efectos producidos –aunque ya hubieran cesado- o si procede la indemnización de daños y perjuicios que se solicita. Tras la reforma de la LCD por la Ley 29/2009 se suprime la prueba de la subsistencia de la perturbación por lo que el hecho constitutivo de la acción declarativa pasará a ser únicamente la existencia y realidad del acto o comportamiento desleal. Entendemos que debe mantenerse la redacción actual en la que no se exige la subsistencia de la infracción, requisito ya superado.



75. En la regulación de la acción de cesación y de prohibición del acto la redacción propuesta vuelve a la anterior a la Ley 29/2009 y a pesar de que en esencia coinciden debemos entender más clara y acertada la redacción vigente a partir de la Ley 29/2009 que dice lo siguiente "2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica" frente a la propuesta "Acción de cesación del acto o práctica, o de su prohibición, si todavía no se ha realizado". Con la actual redacción queda claro que la acción de prohibición se ejercita de forma autónoma a la acción de cesación y que cabe en sus dos vertientes: a) la acción encaminada a prohibir una conducta que se estaba realizando y se ha acordado su cese mediante el ejercicio conjunto de la acción de cesación y prohibición o que ha cesado su autor en su realización pero existe peligro de que se repita en el futuro y b) la acción dirigida a prohibir de forma preventiva una conducta futura que todavía no se ha producido pero existen indicios o hechos relevantes que denotan el peligro o posibilidad real de que la conducta desleal se vaya a ejecutar en el futuro, normalmente irá unida esta acción a la existencia de actos de preparación claros y evidentes.

76. Se echa en falta en la regulación de las acciones de competencia desleal la mención a la **publicación de la sentencia**, debe ser una omisión. Así se propone mantener la redacción del anterior art. 32.2 LCD "2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.”

77. En materia de prescripción el art. 341-4 del Anteproyecto introduce una referencia a la prescripción de las acciones para las conductas ilícitas continuadas o sucesivamente reiteradas señalando “los plazos señalados se computaran a partir del momento en que no exista riesgo de repetición”, la referencia al riesgo de repetición puede ser confusa puesto que para el caso que exista riesgo de repetición se podrá ejercitar la acción de prohibición de reiteración futura, por lo que la referencia a los plazos de prescripción en relación con las conductas continuadas debe ir en la línea de la STS de pleno de 871/2009, de 21 de enero de 2010, que expresamente declaró como doctrina jurisprudencial que "cuando se trata de actos de competencia desleal de duración continuada la prescripción extintiva de las acciones prevista en el art. 21 LCD 3/1991 no comienza a correr hasta la finalización de la conducta ilícita". Esta doctrina ya había sido introducida en la reforma de la LCD de 29/2009 en su art. 35, por lo que la mención expresa en el anteproyecto a las conductas continuadas se considera innecesaria.

9. Libro Quinto, Título Octavo. De los contratos de Seguros y de Mediación de Seguros (arts. 582-44 a 51: Seguro de Responsabilidad Civil)

A.-Consideraciones generales

78.La regulación del Seguro de Responsabilidad Civil como contrato mercantil se incorpora al Código con derogación de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, como previene la DDU 2.2º.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

79.La "noción" del seguro es semejante al art. 73 LCS, aunque precisa que los daños y perjuicios causados serán los producidos durante su vigencia, sin perjuicio de que puedan reclamarse posteriormente. La precisión es razonable habida cuenta que se limita en el nuevo 582-44.2 la cobertura por reclamaciones de tercero realizados dentro de los dos años siguientes a la terminación de la relación contractual, y sin perjuicio de su ampliación por las partes.

80.En cuanto a la defensa jurídica desaparece la posibilidad de que con pacto en contrario se pueda suprimir la obligación de la aseguradora de afrontar los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione la defensa del asegurado, contenida en el art. 74 LCS. El nuevo 582-45 dispone que forzosamente el seguro de responsabilidad civil comprende tal defensa. La regulación del conflicto de interés permanece idéntica a lo dispuesto en el art. 74 LCS. El art. 582-45.3 precisa que la cobertura de la responsabilidad civil abarca la aportación de fianza o garantía hasta la cuantía asegurada.

81.Varía la regulación de los seguros obligatorios, para los que el nuevo art. 582-46 dispone reserva de ley, excluyendo por lo tanto que puedan adoptarse por medio de Reglamentos. Tal reserva parece acertada dada la imposición de una obligación para el desempeño de ciertas profesiones o el ejercicio de algunas actividades generadoras de riesgo.

82.En cuanto al seguro específico de Defensa Jurídica, su noción permanece idéntica a la que contenía el art. 76 a LCS, aunque acertadamente amplía su ámbito a los procedimientos de mediación. Las demás normas son semejantes a las existentes en la Ley de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Contrato de Seguro, aunque se han sistematizado de manera más coherente.

B.- Propuestas de mejora

83. Es cuestionable la nueva regulación de la acción directa. Hasta la fecha, el art. 76 LCS declara esta acción inmune frente a las excepciones que el asegurador tenga frente a su asegurado. Puede, no obstante, oponer culpa exclusiva del perjudicado y las acciones personales que tenga frente a éste.

84. Pero el nuevo apartado 2 del art. 582-47 establece que el asegurador puede oponer frente al perjudicado las excepciones que puedan ampararse en el régimen de la responsabilidad civil del causante del daño o en el contrato de seguro. Causante del daño será el asegurado cuya responsabilidad civil se ampara. En consecuencia, el régimen se modifica sustancialmente, pudiendo esgrimirse excepciones más amplias que las existentes hasta la fecha.

85. Ese cambio precisa alguna explicación que no aparece en la Exposición de Motivos, pues sus apartados VI-112 a VI-122 nada aclaran al respecto. La protección de los terceros, fundamental cuando nos encontramos en el ámbito del aseguramiento obligatorio, se disminuye con estas previsiones. Tampoco se aprecia una justificación técnica que explique este significativo cambio, salvo mejorar la posición de las empresas aseguradoras. Quizá, por ello, sería más razonable mantener idéntica la actual redacción del art. 76 LCS.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

10. Libro Quinto, Título Tercero, Capítulo Octavo. De la falta de pago de los títulos de crédito (arts. 638-1 a 34)

A.- Consideraciones Generales

86.Las acciones cambiarias se mantienen de forma semejante a la actual Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LCCh), que el anteproyecto propone derogar en la DDU 2.3º. Se sistematizan sus preceptos, se mantiene la acción cambiaria y la de regreso, y sobre todo, se simplifica el protesto, aclarando que no se precisa para la acción directa (638-3).

87.Muy relevante es la supresión de cualquier referencia a la provisión de fondos, por las explicaciones que contiene el apartado VII-10 de la Exposición de Motivos, reforzando el carácter abstracto de los títulos de crédito, que engloba los tradicionales cheque, pagaré y letra de cambio, e incorpora con el Anteproyecto la factura aceptada.

B.- Acción de regreso

88.Hay que aplaudir la simplificación que se hace del protesto para el ejercicio de la acción de regreso, mejorando la redacción de la LCCh.

C.- Concurso

89.La introducción del art. 638-7, que supone que la presentación de testimonio del auto declaración de concurso del librador de un pagaré, o del librador o librado de un cheque, aunque no sea firme, autoriza a ejecutar la acción de regreso al momento del vencimiento,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

es una precisión razonable que ampara los acreedores cambiarios evitando excepciones infundadas.

D.- Ejercicio de acciones cambiarias

90.El art. 638-33 del Anteproyecto aclara que las acciones derivadas de un título de crédito pueden ejercitarse bien por el trámite del juicio cambiario, bien por el declarativo que proceda por la cuantía.

E.- Propuestas de mejora

91.El art. 638-18, al regular la posibilidad el tenedor o firmante de un título de ejercitar acción contra los anteriores obligados cambiarios, permite hacerlo "*individual o conjuntamente*". Sin embargo, a diferencia de lo que disponen los arts. 57 y 148 LCCh, no se precisa que si se ejercita la acción conjuntamente su responsabilidad será solidaria. El apartado 3 del art. 638-18 soluciona la situación de quien abona al tenedor y luego pretende repetir. Pero la imprecisión en el caso del tenedor que actúa frente a varios es relevante porque, precisamente por el cambio legislativo, podrá aducirse que la supresión ha sido deliberada.

92.Ello es particularmente grave en el caso del cheque, un título de crédito a la vista. En definitiva, la supresión de esta previsión de responsabilidad solidaria perjudica al tenedor del título de crédito y en general, la tutela del acreedor.

11. Libro Sexto. Título Sexto. De las tarjetas (arts. 663-4)

A.- Consideraciones Generales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

93. Por vez primera se regula en una norma de rango legal la disciplina de las tarjetas, bien de débito, bien de crédito a corto plazo. La simple inclusión en el anteproyecto ya es un avance que se valora positivamente. Se definen con claridad los sujetos intervinientes, emisor, tercero y usuario, y se procura un reparto de obligaciones y deberes coherente con las previsiones contractuales y la disciplina bancaria que actualmente regulan el régimen de este tipo de sistemas de pago y crédito.

B.- Propuestas de mejora

94. En el art. 663-4 se disciplina la forma en que se puede impugnar el resumen que el emisor de la tarjeta remite al usuario. El apartado 3 dispone que durante ese breve proceso el emisor no podrá impedir ni dificultar la utilización de la tarjeta. Sin embargo no se dispone sanción para el caso de que lo haga. Sería conveniente prevenir alguna, como la indemnización de daños y perjuicios causados al usuario, la fijación de una cuantía fija que los comprenda o un porcentaje del crédito disponible.

95. En este mismo procedimiento de impugnación del resumen, que se hace en el término de un mes por el cliente, contestando el emisor en 15 días y aceptando o no las explicaciones el usuario en 7 días, debiera preverse que todas estas actuaciones se verifiquen por escrito para dejar constancia de su planteamiento. Parece que así se presume por la norma, porque el art. 663-4.2º habla que el plazo para aceptar o no las explicaciones del emisor comienza "*... desde la recepción de las explicaciones...*", aunque sin duda es más ágil la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

comunicación verbal. Pero la misma celeridad se puede obtener usando medios de comunicación telemática.

96. En cuanto al art. 663-5, sobre deberes de los titulares de las tarjetas, la distribución de riesgos se verifica atendiendo a la comunicación "*de la pérdida o sustracción*". Omite la norma la situación en que la tarjeta se falsifica o duplica, que al margen de la protección que concede el art. 399 bis del Código Penal, debería contemplarse para exonerar al cliente de cualquier cargo que se haga en la cuenta de pago asociada a que alude el art. 661-4.

97. Por otro lado la regla de imputar los riesgos al cliente si no comunica la pérdida o sustracción debería matizarse cuando los cargos realizados excedan, por su número o frecuencia, de los que habitualmente realiza el usuario, salvo que le hubiera advertido de tal circunstancia y no se mostrara oposición, advertencia que debe acreditar el emisor.

98. En cuanto a la superación del límite de crédito del art. 663-7 del anteproyecto, debiera impedirse en cualquier caso. La regulación de esta clase de contrato permite a las partes alterar el límite de crédito con suma facilidad, pues cabe verificarlo de forma verbal o telemática, de modo que no se trata de una previsión radical. En cambio la responsabilidad en la obtención y concesión del crédito, que evita indeseadas situaciones de sobreendeudamiento, aconseja impedir disposiciones con cargo a la tarjeta de crédito por encima del límite pactado. Se logra así seguridad para las partes en cuanto al riesgo que se afronta en caso de utilización indebida y se evita el abuso en la concesión o utilización de crédito sin que medie algún plazo de reflexión.



12. Libro Séptimo: De la prescripción y caducidad (arts. 711-720)

99. El Proyecto de Código Mercantil contiene un Libro específico, concretamente el Libro Séptimo—último del Código--, destinado al tratamiento de la prescripción y la caducidad. A su vez se descompone en dos Títulos, reguladores cada uno de ellos de una y otra institución. La gran duda que se plantea, persistentemente expuesta a lo largo de este informe, radica en valorar la oportunidad de su existencia toda vez que la mayor parte de sus reglas resultan ajenas a la especialidad de las obligaciones mercantiles constituyendo normas potencialmente comunes a todos los supuestos de prescripción extintiva cuya ubicación normativa parece no debiera ser la legislación mercantil especial. Por otro lado es evidente que todas estas reglas a menudo se van a solapar con el contenido del Título XVIII del Libro Cuarto del C.c. al que sin duda actualizan y, muy especialmente, con la jurisprudencia que ha integrado sus lagunas. Por otro lado tal diversidad, en aspectos básicos del instituto, es profundamente nociva muy especialmente ante la consabida dificultad de diferenciar con nitidez en ciertos supuestos uno y otro tipo de obligaciones.

100. Por ello, como conclusión básica a extraer, debe decirse que no resulta adecuada la inclusión de tal Libro Séptimo en el Código proyectado pues salvo su art. 712.1 que establece un plazo especial para la prescripción de las obligaciones mercantiles, todas las demás normas, absolutamente ajenas a la singularidad de las obligaciones mercantiles, son susceptibles de integrarse en un Código generalista pero, en ningún caso, en una Ley con clara vocación de especialidad.



101. El Título I del proyectado Libro Séptimo contiene la regulación de la prescripción de las obligaciones mercantiles. Acotación ésta, la referida a la mercantilidad de la obligación, que no se expresa con carácter previo en el epígrafe del Libro o en el de algunos de sus dos Títulos sino que tan solo se infiere del primero de los preceptos (art.711.1) que el Título inicial contiene donde se habla de prescripción de las “acciones procedentes de las obligaciones mercantiles”. Ello lleva a considerar, desde un primer momento, que la referencia a su ámbito objetivo –las obligaciones mercantiles— debiera estar incluida en un nivel superior, quizás en el propio epígrafe del Libro o, al menos en el de sus Títulos.
102. El primer Capítulo se destina, dentro del Título I, a las Disposiciones Generales, lo cual evidencia a origen la criticable vocación de universalidad del tratamiento de la prescripción, expresándose en primer lugar la imperatividad de los plazos, a continuación la renuncia a la prescripción para finalizar con la necesidad de su alegación.
103. El Capítulo 2º trata de la determinación de los plazos prescriptivos, su *dies a quo*, cómputo, el supuesto de prestaciones periódicas y, finalmente, el de prestaciones accesorias.
104. El Capítulo 3º trata de la interrupción y suspensión de la prescripción así como sus efectos.
105. Finalmente el Título II trata la caducidad donde, por cierto, ninguna referencia existe a que lo sea de la caducidad de las acciones derivadas de obligaciones mercantiles. En él se regulan sus efectos,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

posibles pactos y su eventual suspensión así como la aplicación de oficio de este instituto.

106. Es oportuno señalar, como puso de relieve la STC 298/2000 de 11 de diciembre, que cuando no se debate el cómputo del plazo – cuestión de legalidad ordinaria—sino la propia existencia de la prescripción la cuestión tiene relevancia constitucional al poder determinar la imposibilidad de obtener una tutela judicial efectiva. Hecho que legitima plenamente la intervención del CGPJ y la emisión de Informe en este particular.

107. Antes de analizar el contenido del Proyecto cabe hacer una breve reflexión sobre la situación normativa actual.

108. En este sentido el C.c., con vocación de derecho común ex art. 4.3, regula el tema en su Libro Cuarto, Título XVIII, referido su Capítulo primero a las Disposiciones Generales sobre la materia y el Capítulo Tercero (arts. 1961 a 1975) a la prescripción de las acciones donde, junto con el establecimiento de determinados plazos se regulan muchas de las cuestiones que ahora también incorpora el Proyecto. Concretamente se regula su cómputo (art.1969), el cómputo en las obligaciones accesorias (art.1970), la prescripción de obligaciones contenidas en Sentencia (art. 1971), la interrupción de la prescripción (art. 1973) el régimen de tal interrupción en las obligaciones solidarias y mancomunadas (art. 1974), así como la interrupción frente al deudor principal y su eficacia respecto del fiador (art. 1975). Obvio resulta decir que el régimen del C.c. no solo se aplica a la prescripción de acciones derivadas de relaciones obligacionales sino a cualesquiera otras prescriptibles y muy especialmente a las acciones reales. Sin duda por ello las modernas



legislaciones ubican más adecuadamente la materia. Así por ejemplo el BGB, recoge su regulación en la Parte General del Código y lo mismo que sucede en el Derecho civil de Cataluña pues se regula la materia dentro del Libro I de su Código Civil.

109. Es también decisivo destacar el contenido del art. 1938 del C.c. donde se indica que las disposiciones del presente Título se entienden sin perjuicio de lo que en este Código o en leyes especiales se establezca respecto a determinados casos de prescripción. Ello significa, de conformidad con el art. 4.3 C.c., la posibilidad de que la legislación especial sancione supuestos específicos de prescripción (es lo que hace el 712.1 del Proyecto) pero no que puedan regularse en leyes especiales las reglas generales que afectan a la institución.

110. Por su parte el vigente Código de Comercio regula la materia en un Capítulo específico integrado por los arts. 942 a 955, si bien, al margen del establecimiento de casuísticos plazos para determinadas relaciones mercantiles, realmente tan solo tiene carácter general su art. 944 que disciplina la interrupción de la prescripción. Todos los demás preceptos, como deriva de su simple lectura, contemplan específicos plazos de prescripción de igual manera que en el art. 943 hay una genérica remisión al derecho común para integrar las cuestiones no reguladas en la normativa especial.

111. Al margen de otras regulaciones autonómicas, existe igualmente una específica y moderna disciplina de la prescripción en el Libro Primero del Código civil de Cataluña desde la Ley 29/2002, de 30 diciembre, en la que se aprueba tal Libro. Allí se regula de una manera novedosa la cuestión en el Título II, bajo el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

epígrafe de «Prescripción y caducidad». De acuerdo con el art. 121-20: «Las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión o que el presente Código o las leyes especiales dispongan otra cosa». Por su parte los arts. 121-21 y 121-22 recogen unos plazos de prescripción más cortos, de tres y un año, respectivamente.

112. Resulta oportuno subrayar que la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Sección civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009, precisamente por ese carácter general del instituto de la prescripción, no la integró en la regulación propuesta que se limitó a una leve modificación del art. 1974 del C.c.

113. Acudiendo a la Exposición de Motivos del Proyecto (I.36) se habla de que el Libro Séptimo “regula la prescripción y la caducidad como instituciones aplicables en toda la materia jurídica mercantil pero incluyendo modificaciones en puntos importantes”, como realmente así acaece. Previamente el punto I.21 indica que “el libro séptimo incluye las normas sobre prescripción y caducidad, instituciones que se regulan en este último Libro por cuanto son normas que tienen aplicación con carácter general en toda la materia comprendida en este Código”. En este y en cualquier otro Código de derecho privado, añadiríamos.

114. En otro orden de cosas el punto V.36 de la Exposición de Motivos habla de las relaciones con la legislación civil a la hora de justificar la existencia de un Capítulo destinado a Disposiciones Generales en materia de obligaciones y contratos mercantiles, pero



para nada se refiere a la prescripción y su eventual coordinación con la legislación civil vigente.

115. Una apreciación general previa consiste en someter a valoración la continuidad de la diferencia entre prescripción y caducidad: mucho más cuando no se definen ambas instituciones y se entremezclan algunos de sus efectos. Quizás baste con la regulación de los efectos del paso del tiempo sin necesidad de articular la diferenciación conceptual que si bien está bastante asentada jurisprudencialmente en nuestro sistema quizás genera más problemas de los que solventa: especialmente será así si tenemos claros los efectos del paso del tiempo ante las diversas situaciones posibles, básicamente su interrupción y suspensión, sus pactos así como la necesidad de alegación o no de oficio. Ejemplos como el proporcionado por los PECL que no establecen esta diferencia sino que sancionan efectos diferentes para cada supuesto extintivo dentro de un capítulo general –el 14–destinado a la prescripción, quizás deba llevar a una reflexión complementaria.

116. Desde un primer momento cabe apreciar críticamente la vocación generalista de esta regulación que, en cuanto tal, ha de considerarse normativamente desubicada. De esta manera la Exposición de Motivos del Proyecto insiste en el carácter especial de la materia regulada (I.14), indicándose que el Código proyectado no se plantea ninguna cuestión de fuentes ni de autonomía legislativa del Derecho Mercantil sino que partiendo de su carácter de derecho especial se limita a acotar su propia materia. Añadiendo que “solo en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se aplicarán a estas materias las de la legislación civil según su sistema de fuentes”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

117. Sin embargo ni en la Exposición de Motivos, ni mucho menos en su articulado, se justifica la necesidad de una regulación de la prescripción con clara vocación de instaurarse como derecho general y su lógica irradiación sobre otras partes del ordenamiento jurídico privado, especialmente civil con el que a menudo se confronta en la regulación de similares cuestiones.
118. Analizando el articulado del Proyecto se advierte que tan solo se hacen dos referencias a que se esté regulando exclusivamente la extinción de las acciones referentes a las obligaciones mercantiles. Concretamente tal referencia se encuentra en el art. 711.1, a propósito de la imperatividad de los plazos y en el art. 712.1 donde se establece el genérico plazo para el ejercicio de acciones mercantiles de cuatro años.
119. Por todo ello entendemos que tal vocación generalista, que de alguna manera suplantaría a la regulación civil de la prescripción—a menudo trasnochada y perfilada jurisprudencialmente— resulta inadecuada pues no es este Código la ubicación natural de su regulación. De distinta manera debe ser el Código civil la sede normativa en la que sistematizar el régimen de la prescripción y caducidad de todos los derechos prescriptibles, no solo de las obligaciones, incluyéndose en el Código Mercantil la regulación de los plazos que específicamente deban ser tenidos en cuenta respecto de concretas obligaciones mercantiles.
120. De este modo para evitar una nociva alteración del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico privado parece oportuno que este concreto aspecto de los efectos del paso del tiempo sobre



las relaciones jurídicas se sistematizara en el correspondiente Título del C.c. No tiene sentido que un Código nacido con la expresa vocación de regular un derecho especial –así insistentemente se afirma en su Exposición de Motivos—discipline sistemáticamente una institución con clara vocación general o común como es la prescripción. Esto llevaría a que las deficiencias y lagunas de la actual regulación común de la prescripción, derivadas del arcaico Código civil y en gran medida superadas jurisprudencialmente, se integraran a través de una regulación especial que, teóricamente, debieran estar diseñada tan solo para la disciplina de las especialidades mercantiles. La genérica referencia de la Exposición de Motivos a que lo no regulado por el Código Mercantil se regiría por el derecho común se invierte radicalmente. Consiguientemente todo ello supondría la quiebra de lo dispuesto en el art. 4.3 del C.c. en cuya virtud “las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”: más bien, de hecho, las disposiciones de las leyes especiales se aplicarían con carácter general y preferente a la regulación del Código civil pues en ningún caso su regulación se justifica en la especialidad regulada.

121. Consiguientemente la regulación sistemática de la prescripción y caducidad, siguiendo los postulados europeos que en gran medida acoge el Proyecto, debiera incluirse en el Código civil limitándose el Código mercantil a regular los específicos plazos que, para determinadas relaciones mercantiles, se consideren oportunos así como, en su caso, un genérico plazo de prescripción de las obligaciones mercantiles si es que se piensa diferente al que ha de establecerse en el C.c., alterando el actualmente existente que se debe a un entendimiento geológico del factor tiempo (15 años como regla general) propio del S. XIX y que en su día se adelantó a la



tendencia aún más amplia de los Códigos vigentes (30 años en el Code).

122. El hecho de que la regulación civil de la prescripción haya quedado un tanto desfasada no debe ser motivo de su desubicación normativa alterando los postulados que informan el art. 4.3 del C.c. y, de conformidad con ellos, la coordinación deseable entre el Código Civil y el Código Mercantil, cuya naturaleza respectiva de Código común y Código especial no parece deba discutirse y de la que deben extraerse las naturales consecuencias sistemáticas. De distinta manera ha de procederse a regular las pautas generales de esta institución en el Código generalista cuya coordinación –en los términos actualmente vigentes– con la regulación proyectada se intuye sin duda compleja.

123. Analizando los concretos preceptos contenidos en el Título, diremos a propósito del **art. 711.1**, donde se sanciona la imperatividad de los plazos de prescripción fijados por el Proyecto, que es una opción que puede resultar discutible. Quizás sirve para sentar las diferencias con la caducidad, donde se permite tradicionalmente su alteración convencional tal y como hace el proyectado art. 720.2 si bien la diferencia, de nuevo, llega a difuminarse al permitirse su alteración en materia de caducidad “siempre que no se trate de materia sustraída a la disponibilidad de las partes”, lo cual no parece fácil de precisar. La regla, en formulación actualizada, sigue las pautas del viejo art. 942 del Código de comercio en cuya virtud “los términos fijados en este Código para el ejercicio de las acciones procedentes de los contratos mercantiles serán fatales, sin que contra ellos se dé restitución”.



124. No obstante es lo cierto que los principales textos europeos no siguen esta vía admitiéndose la alteración convencional de la prescripción si bien limitándose el pacto tanto al alza como a la baja de forma que, por ejemplo, el art. 14:601 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), también el art. III.-7:601 del Draft Common Frame of Reference (DCFR), admite la modificación del régimen aplicable a la prescripción por acuerdo entre las partes, y en particular la reducción o la prolongación de sus plazos. No obstante lo hace estableciendo una serie de limitaciones pues, por un lado, el plazo de prescripción no se puede reducir a menos de un año, y por otro tampoco puede ampliarse más allá de treinta años.

125. Por su parte el art. 22 de la Convención de Naciones Unidas de 1974 sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (CPCIM) aunque parte como regla general de que el plazo de prescripción no puede ser modificado ni quedar afectado por ninguna declaración o acuerdo entre las partes recoge a la vez excepciones que desvirtúan tal imperatividad, entre ellas que el deudor puede, en cualquier momento durante el curso del plazo de prescripción, prorrogarlo mediante declaración por escrito hecha al acreedor, que puede ser reiterada. En cambio, el art. 10.3 de los Principios UNIDROIT parte de la regla general contraria: las partes pueden modificar los plazos de prescripción si bien con limitaciones pues no se puede acortar el plazo ordinario de prescripción a menos de un año; ni acortar el plazo máximo de prescripción a menos de cuatro años; ni prorrogar el plazo máximo de prescripción más allá de quince años.



126. Los textos generalistas vigentes en los diversos países son variados siendo ejemplo de permisividad la ley Austriaca (§ 1502 ABGB) o el § 225 BGB, antes de la Ley de modernización del Derecho de obligaciones que permitía acortar el plazo de prescripción. En sentido contrario están el art. 300 del CC portugués, el art. 129 del CO suizo, el art. 2936 del CC italiano y, por referencia a nuestro país, la Ley 27 de la Compilación de Navarra donde se establece que *«no tendrán efectos los convenios o disposiciones destinados a modificar los plazos legales de prescripción»*.

127. El problema de decidirse por una u otra opción radica en buscar el fundamento a esta prohibición y valorar si persisten las razones de su establecimiento pues su origen quizás carezca hoy de excesiva virtualidad. En este sentido se pensaba que con este tipo de pactos se vulneraba la prohibición de renuncia anticipada a la prescripción ya que el acreedor podía imponer unos plazos excesivos que, de hecho, harían la acción imprescriptible. Idea que, sin embargo no tiene ningún sentido para proscribir los pactos que acorten los plazos cuyo fundamento fácilmente se encuentra en el principio del *favor debitoris* determinando que alguna legislación admita el pacto a la baja: realmente no se encuentran razones para que las partes no puedan convenir un plazo inferior al general de prescripción de la acción de reclamación de la deuda mercantil. Por otro lado el tema del excesivo alargamiento puede acotarse temporalmente como hacen tanto los PECL como el DCFR.

128. Debe finalmente tenerse en cuenta que en materia obligacional, donde el vínculo en principio afecta a las partes intervinientes, se encuentra menor justificación para la



imperatividad de estos plazos respecto de lo que ocurre en materia de prescripción de acciones reales donde la eficacia erga omnes de estos derechos hace que la seguridad de los plazos prescriptivos juegue en relaciones con terceros ajenos al pacto.

129. El art. **711.2**, que trata la renuncia a la prescripción, es de nuevo un precepto con clara vocación generalista que excede la especialidad de la materia obligacional mercantil lo que propicia persistir en la crítica inicialmente apuntada. En sus dos primeros apartados asume el principio que fluye del art. 1935 C.c. en orden a posibilitar la renuncia ex post a la prescripción ya ganada, si bien se hace con una redacción más precisa que se descompone en los dos apartados iniciales.

130. Más cuestionable es el apartado 3 de este art. 711.2 en cuya virtud *"la renuncia hecha por uno de los codeudores solidarios no puede invocarse frente a los demás."* De nuevo hemos de afirmar que el precepto no obedece a especialidad mercantil alguna sino que tiene una clara vocación generalista en orden a regular la renuncia a la prescripción ganada ante obligaciones solidarias en términos que, por otro lado, no se cohonestan fácilmente con la regulación civil. No sobra destacar que el vigente Código de Comercio tan solo contiene una regulación de cuestiones que afectan a una pluralidad de personas que estaba plenamente justificada por la mercantilidad del supuesto. Concretamente el art. 948 disciplina el tema de la interrupción de la prescripción en provecho de un asociado que se separó de la sociedad o que formaba parte de la sociedad en el momento de su disolución.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

131. Sobre esta cuestión pueden ponerse de relieve dos deficiencias. Por un lado diremos que supone una regulación parcial, que no tiene fácil justificación, del régimen de la prescripción y su renuncia en materia de obligaciones solidarias. De esta manera habrá de verse su coordinación con el art. 1937 en cuya virtud "los acreedores y cualesquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario", que si bien es aplicable fundamentalmente a la prescripción adquisitiva también lo es a la extintiva como deriva de su ubicación y de la expresa referencia al "deudor" como renunciante.

132. Por otro lado el apartado 3 regula una cuestión diferente a las específicamente tratadas en el C.c., hasta ahora no abordada legislativamente y que no resulta de fácil comprensión. Nos dice que "la renuncia hecha por uno de los codeudores solidarios no puede invocarse frente a los demás". El supuesto se revela ciertamente excepcional y quizás no merecedor de regla alguna pues debiera resolverse conforme a las pautas generales. Pero a la vez el problema que aborda se trata parcialmente pues no distingue si se trata de prescripción ganada por uno o por todos los deudores solidarios –si bien es previsible concluir que se está pensando en la ganada por el renunciante-- y tampoco cómo funciona, si es que funciona, la eventual acción de regreso de quien ha pagado tras renunciar a la alegación de prescripción.

133. Nos indica el precepto que el acreedor no puede hacer valer frente a los restantes deudores solidarios la renuncia a la prescripción efectuada por tan solo uno de ellos, único contra el que podrá accionar si, como se ha indicado, también los otros



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

hubieran ganado y no renunciado a la prescripción. Es decir que a tales deudores solidarios no les perjudica la renuncia unilateral quedando un tanto silente el legislador sobre lo que ocurrirá en la relación interna ante el eventual reembolso pretendido por el renunciante a los restantes deudores solidarios caso de haber pagado.

134. De esta manera, a la hora de incluir esta regla, parece que se ha tenido parcialmente en cuenta lo que establece respecto de las obligaciones solidarias el art. 10:110 PECL (también el III-4:111 DCFR) donde se dice que la prescripción de la pretensión del acreedor frente a uno de los deudores solidarios no afecta: a) A la responsabilidad del resto de deudores solidarios frente al acreedor. b) Al derecho de repetición entre los deudores solidarios conforme al art. 10:106 PECL (III-4:107 DCFR). Idea ésta que no se contempla en el Proyecto de Código Mercantil, sin duda por no efectuar un tratamiento global de la solidaridad ni estar conexas con los preceptos vigentes, a diferencia de lo que ocurre en los PECL donde se considera que no existen razones para mantener que el resto de codeudores pueda beneficiarse de la prescripción ganada por uno de ellos. Pero el deudor que ha ganado la prescripción puede alegarla y negarse al cumplimiento. Sin embargo, cuando un deudor ha pagado más de lo que le correspondía, no puede verse privado de su derecho a repetir frente a los demás, aunque por la pasividad del acreedor se haya producido la prescripción respecto de alguno de los codeudores. Por esta vía, el deudor que ha podido alegar la prescripción a su favor y negarse al cumplimiento, puede verse obligado a cubrir



su parte en vía de regreso cuando se lo reclame el codeudor que ha efectuado el pago.

135. Temas todos ellos que revelan una mayor complejidad de lo que sencillamente se dice en el Proyecto y que, a nuestro juicio, debieran tratarse sistemáticamente en sede de obligaciones solidarias pues en el Proyecto junto con este tratamiento parcial de la renuncia existe otra regla en el art. 713.2.3 referente a la interrupción de la prescripción en deudas solidarias e indivisibles.

136. El **art. 711.3** expresa en su inicial apartado la idea, consolidada jurisprudencialmente y principio básico de la institución, de que la prescripción debe ser alegada por su beneficiario pues no puede ser apreciada de oficio para, entre otras cosas, evitar la indefensión del demandante. Ello conduce a considerar, ahora a nivel normativo, que la prescripción no extingue el derecho ni la acción sino que la rinde vulnerable pues otorga al deudor una excepción frente a la misma siendo un medio de defensa que puede invocar al efecto. Lleva a considerar que el paso del tiempo no extingue automáticamente el derecho ni la acción y se encuadra en lo que también se afirma por el art. 10.9 de los principios UNIDROIT, por el art. 14.501 PECL (“después de la expiración del plazo de prescripción el deudor tiene derecho a rechazar el cumplimiento”) y III-7:101 DCFR que lo tratan dentro de los efectos generales de la prescripción.

137. Ello nos lleva, de nuevo, a considerar que es materia que debe ser tratada en el ámbito de una legislación común a todas las clases de prescripción extintiva y no solo a las reguladoras de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

las obligaciones mercantiles que en este punto no plantean especialidad alguna.

138. El apartado 2 de este artículo 711.3 dice que “en el caso de que la parte no la haga valer, la prescripción podrá ser alegada por cualquiera que tenga un interés legítimo”. La regla obedece a una clara lógica, trasunto del art. 1937 del C.c., que, por ejemplo, también se manifiesta en el art. 712.5 pues junto con el deudor principal –o a su mismo nivel—puede haber otros interesados en que juegue la prescripción como lo son quienes deban efectuar las prestaciones accesorias de que habla el citado precepto. También con la existencia de un fiador dados los efectos del art. 1853 del C.c. No obstante esta regla también puede chocar con el régimen de la renuncia a la prescripción en las obligaciones solidarias, anteriormente tratado, y necesita ser coordinada con la indiscutible posibilidad de renuncia unilateral a la prescripción ganada.

139. En el **art. 712.1** se establece un plazo de 4 años para las obligaciones mercantiles que no tengan plazo especialmente señalado. La regla es absolutamente coherente con la legislación especial en la que se inserta careciendo de la vocación general que venimos predicando de otros muchos de los preceptos proyectados.

140. Una vez más el problema radica en que se empieza la casa por el tejado: deberá previamente establecerse un nuevo sistema común de plazos prescriptivos en el C.c. del



que la legislación especial se apartara cuando la especialidad lo exija.

141. Respecto del comienzo del plazo prescriptivo regulado en el **art. 712.2**, tratándose de obligaciones como sin duda acaece, resulta adecuada la referencia a la exigibilidad que significa acoger y adaptar el principio de la *actio nata* presente en el art.1969 del C.c. Por otro lado con tal referencia se objetiva el *dies a quo* en línea con la idea jurisprudencial, firmemente asentada, de que se trata de una exigibilidad objetiva y no subjetiva, es decir ajena a las circunstancias personales del acreedor que le impidieran actuar tal exigibilidad. Idea que, sin embargo, va a quedar radicalmente desvirtuada por el contenido del art. 713.3.1 apartado a).

142. Más cuestionable es sin embargo el siguiente apartado 2 donde se habla de que la exigibilidad esté "subordinada" –término escasamente técnico y que quizás debiera sustituirse por el de "condicionada"—a la realización de una notificación. La norma parece innecesaria pues, evidentemente, no es exigible, sin necesidad de que se recuerde, una obligación que precisa de una previa notificación. A la vez, con una lógica aplastante, la exigibilidad surgirá, también sin necesidad de que se diga en la norma, una vez efectuada la notificación: por otro lado habrá de estarse, caso por caso, al supuesto de que se trata para conocer si la notificación ha de ser recepticia como normalmente ocurrirá en cuyo caso será el de recepción el inicio del *dies a quo*.

143. El apartado 1 del **art. 712.3** clona de forma absolutamente innecesaria el contenido del art. 5 del C.c. Por ello debe reiterarse



lo ya dicho: no se trata de un Texto Refundido de normas generales sino de una ley especial en la que solo tiene justificación la existencia de una norma en cuanto atienda a la especialidad regulada que, de nuevo, no es el caso.

144. El segundo apartado añade a lo dispuesto en el art. 5 del C.c. lo que ya se precisa en otras normas como es el art. 133.4 de la LEC. Una vez más indicaremos que la especialidad de las obligaciones mercantiles no justifica la norma.
145. El **art. 712.4** contempla el inicio del plazo prescriptivo frente a prestaciones periódicas estableciendo un criterio absolutamente lógico y asentado jurisprudencialmente. Lo estaba, por ejemplo, en aplicación del art. 1966.2 del C.c. para sancionar que cada renta arrendaticia pagada periódicamente tiene su propio plazo prescriptivo de duración.
146. No obstante, una vez más, el problema es de ubicación sistemática y justificación de la norma especial pues sin duda no se trata de una regla que obedezca a especialidad mercantil alguna sino que genéricamente debe aplicarse a toda prestación periódica.
147. Respecto del **art. 712.5** el apartado inicial resulta innecesario pues obedece al principio de que lo accesorio sigue a lo principal y evidentemente se trata de una regla genérica, desubicada sistemáticamente, ya que no se justifica en especialidad mercantil alguna. Se incluye quizás clonando lo dispuesto por el art. 14:502 PECL y III-7:502 DCFR, que lo formula diciendo que el plazo de prescripción de los créditos por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

intereses y cualesquiera otros de naturaleza accesoria no se extinguirá con posterioridad al plazo que se aplique al crédito principal.

148. Respecto de su apartado 2 tampoco resulta muy necesaria la clarificación de que la prescripción de lo accesorio no afecta a la de la obligación principal. Tema que no es polémico si bien el problema, no abordado, es el de definir el plazo prescriptivo de los intereses y su encaje en el art. 1966.3 del C.c., como se hace para los remuneratorios, o en el régimen genérico de prescripción del segundo inciso del art. 1964 del C.c. como se hace, no sin polémica, para los moratorios.

149. En todo caso es necesario tener presente el art. 60.2 de la Ley Concursal donde, de diferente manera, se dice que "2. La interrupción de la prescripción –es la derivada de la declaración del concurso-- no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas."

150. El Proyecto diferencia las causas de interrupción y de suspensión de la prescripción lo cual debe considerarse adecuado aunque, una vez más, la generalidad de tales reglas debería llevarse a otro lugar y no a la legislación especial. En este sentido es un hecho indubitado que en la actualidad los sistemas jurídicos de nuestro entorno distinguen entre *interrupción* y *suspensión* de la prescripción: lo que ya es más dudoso es que se vincule tal efecto con las ideas de prescripción y caducidad en el sentido de que no es posible ninguna paralización de ésta.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

151. En los casos de interrupción, comienza de nuevo a computarse el plazo de prescripción, sin que el tiempo transcurrido hasta entonces se tenga en cuenta. En los de suspensión, se paraliza el cómputo del tiempo y, una vez que termina la causa de suspensión, continúa en marcha. Es decir, en el primer caso, no hay paralización del plazo que luego se reanuda, sino que se suprime el tiempo transcurrido hasta entonces. En el segundo, se produce un paréntesis en el curso del plazo prescriptivo y, cuando desaparece la situación que lo ha provocado, se reanuda el cómputo sin eliminar el tiempo ya transcurrido interrupción; de esta forma mientras que ambas figuras son conocidas en la mayor parte de los ordenamientos el CC español no reconoce la suspensión pues tan solo regula la interrupción: vacío legislativo que quiere integrar el Proyecto.
152. Si se contempla sin embargo la distinción en el Derecho Civil de Cataluña, pues los arts. 121-11 a 121-14 regulan la interrupción, y los arts. 121-15 a 121-19 la suspensión, de igual manera que tal suspensión ha sido a veces recogida por alguna Sentencia de nuestras Audiencias.
153. El proyectado **art. 713.1** contempla en su primer apartado las causas de interrupción de la prescripción y su contenido se solapa plenamente con la regulación del art. 1973 del Código civil, en términos de difícil justificación. Tal regulación sustituye al viejo art. 944 del C. de co. y debe cohonestarse, aunque nada se diga, con lo dispuesto por el art. 60.3 de la Ley Concursal en cuya virtud "también quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo



dispuesto en esta ley". Regla que conjuga interrupción y suspensión cuya relectura actual, una vez que uno y otro efecto se diferencian, se adivina compleja.

154. No hace referencia alguna a un específico caso de interrupción de obligaciones frecuentemente mercantiles como es el del art. 60.1 de la L.C. que sigue a la declaración del concurso en cuya virtud Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.
155. Como novedad respecto de la regulación del C.c. se incluye como causa de interrupción de la prescripción el inicio de un procedimiento arbitral si bien ninguna duda pudiera existir, aún a falta de norma, de que ello producía el efecto de interrumpir la prescripción. Finalmente se sustituye la referencia del C.c. al "acto de reconocimiento de la deuda por el deudor" por la referencia al "reconocimiento de las obligaciones". Parece más precisa la formulación civil que indica quien debe efectuar el acto de reconocimiento de la obligación.
156. Debe recordarse que uno de los problemas prácticos más frecuentemente planteados es la eventual interrupción derivada de la solicitud del beneficio de justicia gratuita y algunos otros supuestos solventados jurisprudencialmente que quizás pudieran haberse tenido normativamente en cuenta.
157. En todo caso debe indicarse que la consideración de la interposición de una demanda judicial o arbitral como causa de interrupción y no de suspensión no resulta en absoluto pacífica. En este sentido contienen una regulación diferente el art. 14:302 PECL y III-7:302 DCFR para los casos en que el acreedor inicie



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

un procedimiento judicial o extrajudicial respecto a su crédito. De esta manera los PECL aplican la suspensión en los casos de procedimientos arbitrales y cualesquiera otros que se inicien para obtener un título ejecutivo de valor equivalente a una sentencia judicial mientras que el DCFR amplía la suspensión a los casos de mediación y a cualesquiera otros en que se acuda al arbitrio de un tercero para que éste adopte una decisión relativa al derecho en cuestión. A propósito de tales diseños lo relevante es destacar que tales supuestos se tratan como casos de suspensión a diferencia de lo que efectúa el Proyecto donde, salvo el caso de la mediación, se contemplan como causa de interrupción—con el consiguiente reinicio ulterior del plazo—las acciones judiciales guardando un desconcertante silencio el Proyecto sobre los procedimientos arbitrales.

158. Adicionalmente diremos, como luego se comenta, que se ha optado por que la presentación de una solicitud de mediación no interrumpa el plazo (art. 713-1), sino que lo suspende (art. 713-3.1º b), en coherencia con el art. 4 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

159. Respecto del apartado segundo de este art. 713.1 es de subrayar que, respecto de la regulación del vigente art. 944 C.de.co donde no se contempla la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción, era asentada doctrina jurisprudencial la que consideró aplicable también a las obligaciones mercantiles esta causa de interrupción contenida tan solo en el C.c. De esta manera a partir de la STS de 4 de diciembre de 1995 se consideró que la remisión que el art. 943 del C. de co. efectúa a las disposiciones del Derecho común daba



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

pie para eliminar la diversidad de trato merced a la fuerza expansiva e integradora del C.c.

160. En el proyecto se incluye tal reclamación extrajudicial si bien se limita esta posibilidad a una sola vez. Solución que puede ser aceptable pero que, evidentemente, no está justificado el que en materia de obligaciones mercantiles se aparte del criterio general sentando por el Código civil, donde no hay limitaciones. La sede natural de esta opción restringida, si es que se acepta, es el C.c. El tema merece una breve consideración de la Exposición de Motivos donde se dice (VIII-3) que “a diferencia de lo que sucede en el Derecho derogado, se reconoce la interrupción de la prescripción por requerimiento extrajudicial, pero solamente por una vez, evitando de esta forma que se pueda mantener un crédito con duración indeterminada, mediante requerimientos extrajudiciales sucesivos”.

161. En todo caso la solución no es excesiva si atendemos que el plazo general es extenso, cuatro años, y que situaciones excepcionales como la fuerza mayor dan lugar a la suspensión del término en el art. 713-3.

162. Analizando el **art. 713.2** diremos que el apartado 1 sanciona lo que es principio básico, jurisprudencialmente asentado, en orden al reinicio de la prescripción una vez acaecido y superado el hecho interruptivo.

163. Sin embargo, como ya se ha adelantado es mas cuestionable el contenido del apartado 2 en que se nos dice que caso de interpelación judicial –insistiremos en que se silencia lo referente a los procesos arbitrales—el nuevo plazo comenzará desde que termine el procedimiento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

164. Con carácter previo debe insistirse en la ya expresada crítica de que se trata de reglas con vocación general que en ningún caso obedecen a especialidad alguna de las obligaciones mercantiles por lo que no es ésta su ubicación normativa natural.
165. Por otro lado es lo cierto que la consideración de que la terminación del procedimiento determina el inicio de un nuevo plazo prescriptivo obedece, quizás, al arrastre de anteriores consideraciones que resultaban obligadas ante cualquier hecho interruptivo cuando no se distinguía entre interrupción y suspensión. Una vez que ya se recoge tal diversificación parece más acorde con el supuesto de interpelación judicial la idea de suspensión del plazo de prescripción tanto en los procesos judiciales como en los arbitrales y de mediación. Ha de tenerse asimismo en cuenta que la referencia a la terminación del procedimiento judicial, además de un tanto ambigua –el art. 1971 C.c. habla de sentencia firme--, puede ser cuestionable pues frecuentemente el derecho ejercitado se habrá ya agotado, con o sin éxito, en tal procedimiento no teniendo sentido alguno hablar de que se inicia un nuevo plazo de prescripción. Han de tenerse siempre en cuenta los efectos de la cosa juzgada que normalmente lo impedirá.
166. Por otro lado caso de existir Sentencia los plazos de prescripción del crédito eventualmente reconocido arrancan ya de nuevo pero con base en una situación diferente fundada en una regla distinta como es el art. 518 de la LEC.
167. Debe recordarse finalmente que el plazo de prescripción (en este caso diez años) previsto en el apartado 3 del art. 14:203 PECL y en III- 7:203 DCFR, para las acciones declaradas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por sentencia, laudo arbitral, u otro título similar ejecutivo comienza a computarse desde que la sentencia o el laudo arbitral adquieren efectos de cosa juzgada, o desde que el título extrajudicial deviene ejecutivo, sin que ese momento pueda ser anterior a aquél en que el deudor puede ser conminado a realizar la prestación.

168. El art. 712.3 sanciona finalmente en su apartado 3 que “la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores solidarios o a uno de los codeudores de una deuda indivisible produce los mismos efectos respecto a los demás deudores. Tal régimen, que se extiende a las deudas pasivamente indivisibles sustituye el contenido del art. 1974 del C.c., si bien sienta el mismo principio, generando en todo caso la pequeña diversidad no pocos problemas de aplicación. Debe recordarse que el art.1974 del Anteproyecto del Código Civil que llegó a elaborarse por la Sección civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009 únicamente contenía una pequeña modificación en materia de prescripción que se concretaba en este art. 1974 para decir que “la prescripción de las obligaciones solidarias con pluralidad de acreedores aprovecha por igual a todos”.

169. Hay que tener igualmente presente que la Junta General de Magistrados de la Sala 1ª de 27 de marzo de 1973 concluyó que el efecto interruptivo del art.1974 solo juega en los casos de solidaridad legal pero no en los de solidaridad impropia, cuestión que deberá abordarse a nivel legislativo si es que se quiere confirmar ese criterio.



170. El **art. 713.3** trata de la suspensión, que no interrupción, de la prescripción con el resultado que su apartado 2 especifica de que una vez cesada la causa de la suspensión proseguirá el cómputo del plazo que reste para que concluya el efecto prescriptivo.
171. La criticada vocación generalista del Proyecto se evidencia en la propia Exposición de Motivos cuyo punto VIII-3 no tiene empacho en reconocerlo al decir que “importancia especial tienen la regulación que se hace de la suspensión de la prescripción, su causa y sus efectos, así como las novedades introducidas en su interrupción”.
172. Analizando las causas de suspensión de la prescripción que el precepto contiene en su apartado 1 --donde expresamente habla de “suspensión del cómputo”—se menciona en primer lugar la imposibilidad del acreedor, por causa de fuerza mayor, para exigir el cumplimiento de la obligación. Ello modula decisivamente el criterio objetivo de la exigibilidad que recoge el art. 712.2 apartado 1, pues la eventual exigibilidad del crédito no es objetivamente tal ya que en ella puede interferir esta imposibilidad subjetiva del acreedor que se vincula con la fuerza mayor. Criterio éste quizás excesivamente genérico, nacido para regular otras cuestiones, que puede ser inapropiado si no se conjuga con alguna casuística adicional específica como por ejemplo efectúa el art. 14.301 PECL al mencionar, como causa de suspensión de la prescripción, el hecho de que el acreedor no conozca la identidad del deudor o desconozca los hechos básicos que dan lugar a la reclamación. Junto con estos supuestos el art. 14.303 también considera causa de suspensión de la prescripción, en términos parecidos a la regla del Proyecto que analizamos, la



existencia de un impedimento que está fuera del control del acreedor y que razonablemente no pudiera haberse previsto por el acreedor para superarlo si bien solo se aplica si el impedimento se presenta o subsiste en los últimos seis meses del período de prescripción.

173. En segundo lugar, al igual que ocurre con la caducidad (art.720.3), se fungibilizan una y otra institución de forma que también se suspende la prescripción por el hecho de la solicitud de mediación, en coherencia con el art. 4 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles..
174. De nuevo, genéricamente, reiteraremos la crítica básica de todo este Libro Séptimo: este art. 713.3 incorpora reglas de aplicación general sin que esté en modo alguno justificado por la especialidad de las obligaciones mercantiles.
175. El Título II trata la caducidad que finalmente merece un tratamiento normativo diferenciado de la prescripción lo cual, sin duda merece un juicio que como inicialmente hemos puesto de relieve puede ponerse en cuestión. No obstante, una vez más, y esta vez enfáticamente, resulta evidente que la distinción, caso de asumirse, debe llevarse a un Código generalista y no a una Ley especial pues carece de sentido alguno que respecto de las obligaciones mercantiles el régimen de su eventual caducidad sea normativo mientras que respecto del resto de derechos, tanto de crédito como aquellos otros susceptibles de prescripción extintiva, su tratamiento deba seguir siendo exclusivamente jurisprudencial.
176. La propia Exposición de Motivos pone de relieve esa vocación de regulación general al decir que "se regula por



primera vez con carácter general la caducidad en sus aspectos fundamentales”.

177. Al margen de ello debe decirse, con carácter previo, que si se opta por la inclusión de ambas figuras ello exigiría un esfuerzo normativo para diferenciarlas conceptualmente, a cuyo fin se cuenta con las suficientes construcciones doctrinales y jurisprudenciales, y no solo a través de la diversificación de sus efectos como más simplemente el Proyecto efectúa. Es sabido que frecuentemente no se hace expresa referencia a que determinados plazos extintivos sean de caducidad o de prescripción (emblemáticamente el art. 1301 del C.c.) lo que lleva a numerosas dificultades hermenéuticas, normalmente superadas por vía jurisprudencial, que parece oportuno aclarar desde una perspectiva positiva.
178. Ha de tenerse en cuenta adicionalmente que alguno de tales efectos tiene aspectos comunes a una y otra institución como por ejemplo acaece con lo dispuesto en el inciso final del art. 720.2.1.
179. Por último diremos que la caducidad aparece en nuestro derecho positivo, si bien a propósito de la caducidad procesal, tanto en el art. 237 de la LEC, respecto de la caducidad de la instancia, como en el su art. 518 referente a la caducidad de la acción ejecutiva fundada en Sentencia judicial o Resolución arbitral.
180. Entrando a analizar los concretos artículos del Proyecto se establece inicialmente en el **art.720.1** la principal diferencia de régimen entre una y otra institución, clásicamente sancionada por la jurisprudencia, al indicarse que la caducidad produce la



extinción del derecho de igual manera que se permite el establecimiento de un plazo de caducidad no solo por vía legal sino convencional a diferencia de lo que ocurría para la prescripción con el cuestionado art. 711.1 con una justificación que no era fácil de encontrar.

181. El **art. 720.2** acoge la también tradicionalmente aceptada idea de que es posible acceder a la caducidad a través del pacto, obviamente entre acreedor y deudor. No obstante el precepto proyectado incluye una limitación de difícil entendimiento al hablar de que ello es posible "siempre que no se trate de materia sustraída a la disponibilidad de las partes". La imperatividad en materia de pactos sobre caducidad no es fácil de intuir y quizás hubiera sido mejor obviar este inciso lo que significaría la solución de la cuestión conforme a las reglas generales pues ya es sabida la prohibición de pactos contrarios a norma imperativa o prohibitiva sin que necesariamente se especifique esta consecuencia cada vez que se ampare el por la norma el juego de la autonomía de la voluntad.

182. Finalmente el apartado 2 de este art. 720.2 sanciona la nulidad del pacto que fije un plazo de caducidad "que haga excesivamente difícil a una de las partes el ejercicio del derecho". Tal norma se encuadra básicamente en el ámbito del derecho de consumo y parece estar pensando en aquellos supuestos en que es el propio consumidor quien resulta acreedor de determinadas prestaciones (exiguos plazos de declaración de siniestro cubierto por responsabilidad civil, por ejemplo) siendo más cuestionable la regla cuando el beneficiario sea, por ejemplo, el empresario que voluntariamente y sin encontrarse en situación de inferioridad



contractual acepta este tipo de pacto. Como ya hemos visto en los diversos textos conocidos (PCHL) existen ejemplos de limitación del acortamiento de plazos –no puede irse mas allá de ciertos plazos mínimos—lo cual sin duda dota de mayor seguridad al tema ante la relativa indefinición que supone la referencia a “dificultar el ejercicio del derecho”. En todo caso, con tales límites fijos, siempre quedarían al margen las reglas del derecho de consumo para evitar, sobre todo en el ámbito de condiciones generales, el establecimiento de plazos perjudiciales para el acreedor/consumidor que impidieran un razonable ejercicio de su derecho: pero para ello tampoco hace falta norma expresa como la analizada.

183. En todo caso sobre la base de que se permite el pacto sobre la caducidad, siempre que no se trate de materia sustraída a la disponibilidad de las partes, con la salvaguarda de que su brevedad haga excesivamente difícil el ejercicio del derecho, diremos que frente a los casos en que se regula por norma imperativa, esta posibilidad de “caducidad convencional” propicia que se pueda incluir como condición general, sin responder a una auténtica negociación entre empresarios. Se abre la puerta para que se predisponga un plazo favorable al proferente, en perjuicio de derechos de la otra parte, por lo que podría suprimirse esta previsión de “caducidad convencional” sin perjuicio de lo que razones de política legislativa previeran para casos en que sea aconsejable disponer plazos de caducidad.

184. En el complejo reparto que el Proyecto ofrece de las causas de interrupción y suspensión incluye también entre éstas, a propósito de la caducidad, el inicio de un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

procedimiento de mediación (art. 720.3). En principio si bien resulta norma adecuada para reforzar la utilización de la mediación como instrumento para solventar cualquier conflicto civil o mercantil es lo cierto que resulta extravagante en el diseño clásico de la caducidad que en principio no debiera admitir ninguna causa de interrupción o suspensión: la consecuencia de introducirlo es el que se desdibujan los perfiles de la idea de caducidad y de su juego automático e inexorable lo cual resulta complejo toda vez que no se llega a conceptualizar en que consiste la institución pues tan solo se intuye a través de sus diferencias con la prescripción y de los diferentes efectos que produce lo cual, en este punto, se fungibiliza.

185. Por otro lado, una vez más, se aprecia la vocación generalista de esta regla que de inmediato va a llevar a preguntarse si la norma se irradiará sobre los restantes supuestos de caducidad de derechos nacidos de relaciones civiles susceptibles de ser mediados.

186. Finalmente nos dice el **art. 720.4** que "la caducidad se aplicará de oficio si estuviera establecida por una norma de carácter imperativo". Regla consustancial con el instituto de la caducidad, en los términos que se encuentra diseñada jurisprudencialmente, y que parece dar a entender que no será así cuando la caducidad derive de un pacto entre las partes con lo cual se asimila en este punto la caducidad contractual a la prescripción en términos que, una vez más, desdibujan los perfiles distintivos de ambas instituciones obligando a repensar el mantenimiento de la diversidad. Alternativamente a tal exégesis cabría pensar en el establecimiento normativo de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

plazos de caducidad con carácter meramente dispositivo y en otros supuestos con carácter imperativo lo cual tampoco se entiende bien pues volvemos a encontrarnos con el problema de interpretar el precedente art. 720.1.

14. Disposición Final Segunda. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

187. Esta regulación adapta el juicio cambiario de la LEC al anteproyecto, de modo que dispone la reforma del art. 824 LEC para incluir la factura aceptada entre los títulos de crédito que pueden presentarse para ponerlo en marcha.

188. Modifica también la oposición cambiaria pero exclusivamente para incluir la factura aceptada y realizar la remisión en lugar de a la Ley Cambiaria y del Cheque, al correlativo precepto que regula las causas de oposición cambiaria en el propio Código Mercantil.

15. Disposición Final Sexta. Modificación de la Ley Concursal

189. Esta previsión añade en la DA 2ª de la Ley Concursal como "*legislación especial*", un apartado i) que se refiera a los arts. 572-5, 576-3 y 577-17 del Código Mercantil, es decir, contratos de depósito de dinero, leasing y confirming. Resulta un contrasentido considerar legislación especial la contenida en el propio Código Mercantil. Además la derogación de la legislación que aludía a estos contratos, que en el apartado IX-8 de la Exposición de Motivos se propone como causa de la incorporación a la Ley Concursal, no convierte en especial el régimen jurídico de los mismos, que hasta el anteproyecto no tenían esa consideración en la DA 2ª LC. Por ello no debiera ser



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

modificada la DA 2ª LC en el sentido que se propone. Esta previsión debiera suprimirse para evitar que siga ampliándose la legislación especial a efecto de la Ley Concursal.

VI. CONCLUSIONES.

Primera.- La reforma proyectada, con carácter general y en la parte sometida a informe de este Consejo, responde a unos objetivos convenientemente estudiados y es fruto de la reflexión llevada a cabo en el seno de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación. En este sentido, y sin perjuicio de la formulación de algunas sugerencias concretas a aspectos específicos que han suscitado un mayor interés de este órgano, cabe estimar que las modificaciones introducidas, así como la técnica legislativa utilizada, resultan apropiadas en términos generales para alcanzar las finalidades de política legislativa pretendidas y no plantea óbices jurídicos de sustancial relieve. Por lo demás, en la medida que determinados preceptos de los que se solicita informe de este Consejo ya han sido convenientemente estudiados y valorados en el informe relativo al Anteproyecto de la LSC dada su equivalencia, cabe extender a éstos aquellas conclusiones.

Segunda.- La impugnación de los acuerdos sociales fue abordada en el informe de este mismo Consejo respecto a la LSC, por lo que las conclusiones vertidas entonces deben darse por reproducidas. En este sentido, debe señalarse, como entonces se hizo respecto al art. 204.3 LSC, que la redacción del art. 214-11 es confusa al existir excepciones dentro de las excepciones, y al recurrir a conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de generar inseguridad jurídica, por lo que se recomienda modificar la redacción, o su supresión, salvo que se introduzcan



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mecanismos rápidos y seguros para evitar la indefinición de su literalidad. Reiterando lo dicho en el Informe sobre el Anteproyecto de la LSC, se propone, o bien la supresión del apartado a) del art. 214-11 del Anteproyecto, o bien, acudiendo al ejemplo del derecho comparado, contemplar la posibilidad de introducir ciertas cautelas para el conocimiento temprano y sumario de las controversias menores relativas a la ponderación como irrelevantes de los defectos no invalidantes.

Tercera.- Por lo que se refiere a las reformas que afectan al derecho de información de los accionistas (art. 233-39 del Anteproyecto), el Informe, en sintonía con lo sostenido en el relativo al Anteproyecto de LSC en esta materia y que se recoge en este trámite, sugiere que se incluya en el Anteproyecto una disposición conforme a la cual las solicitudes válidas de informaciones, aclaraciones o preguntas realizadas por escrito y las contestaciones facilitadas por escrito por los administradores se incluyan en la página web de la sociedad, como fórmula para fomentar la transparencia y mejorar la información de todos los accionistas.

Cuarta.- En cuanto a la impugnación de la cesión global de activo y pasivo (art. 265-14), al Anteproyecto no contiene ninguna previsión sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la misma, como sí se prevé en el caso de la fusión. El informe recomienda prever también esta posibilidad, y regularla en igual sentido que en la fusión.

Quinta.- En relación con la responsabilidad de los administradores, el apartado 3 del art. 272-12 contempla la posibilidad de que el cumplimiento tardío de sus deberes extinga la responsabilidad frente a los acreedores que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

no hubieran ejercitado antes la acción. La responsabilidad prevista en estos casos constituye un garantía frente a los acreedores del cumplimiento de los créditos surgidos una vez nació el deber de instar la disolución. De ahí que, a menos que prescriba la acción, esta responsabilidad solidaria de los administradores no debería extinguirse con el cumplimiento tardío, máxime cuando este cumplimiento tardío no garantiza el pago por la sociedad de los créditos nacidos durante el incumplimiento.

Sexta.- Por lo que se refiere a la impugnación del balance final de liquidación, si bien es lógico que la legitimación para impugnar el balance se reserve a los directamente interesados, que son los socios, y que dentro de ellos se impida impugnar a los que han votado a favor, no parece que esté tan justificado que la restricción se extienda a quienes, sin votar a favor, no votaron en contra, o bien porque se abstuvieron o bien porque no acudieron a la junta. No debería interpretarse ambas opciones como una dejación de derechos, ni como algo incompatible o contradictorio con la posterior impugnación, sobre todo en el caso de los socios que no acudieron a la junta.

Séptima.- La regulación de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil (art. 582-47), presenta modificaciones sustanciales en su régimen, en relación con las excepciones que el asegurador puede oponer al perjudicado, que no se explican en la Exposición de Motivos. Esta modificación merece ser reconsiderada, dado que la protección de terceros, fundamental en el ámbito del aseguramiento obligatorio, disminuye con la propuesta.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Octava.- Por lo que se refiere a la regulación de la prescripción y caducidad recogida en el Libro Séptimo del Anteproyecto, como conclusión básica, y sin perjuicio de las consideraciones concretas que se recogen en el texto del Informe, se sostiene que la inclusión de esta materia en una norma de esta naturaleza, no resulta adecuada, salvo su art. 712.1 que establece un plazo especial para la prescripción de las obligaciones mercantiles, todas las demás normas, absolutamente ajenas a la singularidad de las obligaciones mercantiles, son susceptibles de integrarse en un Código generalista pero, en ningún caso, en una Ley con clara vocación de especialidad. En consecuencia, parece oportuno que este concreto aspecto de los efectos del paso del tiempo sobre las relaciones jurídicas se sistematizara en el correspondiente Título del C.c.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a treinta de septiembre de dos mil catorce.