

Un Código Mercantil antisistema financiero

Fernando Zunzunegui
Universidad Carlos III de Madrid
Abogado

Buena parte del Anteproyecto de Ley Código Mercantil de Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014 es financiera. Regula o pretende regular los contratos financieros. Y lo hace negando la característica esencial de la contratación financiera, a saber, la intermediación profesional en el crédito. No es posible abrir cuenta, comprar valores, pagar con tarjeta o por transferencia sin la intermediación de una entidad financiera. Entre los activos financieros, ya sea el efectivo en cuenta o los instrumentos financieros, objeto de la actividad financiera, y los usuarios, se interponen las empresas financieras. Los contratos financieros son contratos de empresa en los que un banco o entidad financiera presta un servicio. Es la inserción del contrato en la actividad de la empresa financiera lo que les dota de fisonomía propia.

Por esta razón resulta sorprendente que el Anteproyecto de Código Mercantil diga en su exposición de motivos que *“la inmensa mayoría de los contratos que realizan las entidades de crédito pueden ser concertados también por empresarios en general”*. Esta afirmación es contraria a la Ley. Los depósitos tanto de efectivo de cómo de valores, los servicios de pagos, la ejecución de las compraventas de valores negociables o la intermediación en el crédito en sus diversas modalidades son actividades reservadas por Ley a los bancos y entidades financieras habilitadas.

Para el Anteproyecto son contratos financieros el depósito, el préstamo, la apertura de crédito, el crédito documentario, el leasing, el descuento, el factoring y el confirming. Todos estos contratos se enmarcan en las actividades propias de la interposición en el crédito, objeto típico de las actividades reservadas a los bancos. Del mismo modo que las tarjetas, a la que el Anteproyecto les dedica un Título como instrumentos de pago, se enmarcan en los servicios de pago, actividad reservada por Ley a las entidades de crédito y de pago.

El contrato más revelador de la esencia de lo financiero es el depósito bancario por el cual la banca abona en cuenta las cantidades recibidas del depositante. Con el abono en cuenta el banco pasa a ser deudor del cliente depositante y prestador de servicios de pagos. Los fondos recibidos son propiedad del banco quien los canaliza al mercado en operaciones activas de concesión de crédito por cuenta propia. Es un negocio irrealizable al margen de la empresa bancaria.

Sin embargo para el Anteproyecto el depósito de dinero es un negocio de custodia, con derecho de separación del depositante en caso de concurso del depositario. Esta concepción cuestiona las bases de la actividad bancaria, de interposición en el crédito. Además resulta contraria a la definición legal de entidad de crédito y al régimen del Fondo de Garantía de Depósitos. Según dice la definición legal, los bancos reciben créditos en forma de depósitos que aplican por cuenta propia a la concesión de crédito. Y en caso de insolvencia del banco depositario, el Fondo de Garantía se subroga hasta 100.000 euros por depositante, como acreedor frente al banco declarado en concurso.

Por lo demás, el Anteproyecto regula la cuenta corriente al margen de su consideración como mecanismo contable de la prestación de servicios de pago. Respecto del contrato de tarjeta dice que puede ser verbal, en contra de lo dispuesto en la Ley de Servicios de Pago.

En suma, como anticipamos con este apunte e iremos viendo en sucesivas entradas, estamos ante un Código antisistema financiero alejado de la realidad. El modo en que el Anteproyecto aborda el régimen de los contratos financieros es erróneo y crea una gran inseguridad jurídica. Desconoce las esencias de la contratación financiera y resulta contrario a las normas que ordenan el sistema financiero. Si lo que querían desde la Comisión General de Codificación era modernizar el decimonónico Código de comercio es un objetivo que no han conseguido en materia financiera. Les ha faltado visión. El mercado se ha financializado con instrumentos y servicios financieros que requieren un nuevo régimen legal cuyas bases se encuentran en las normas de Derecho comunitario sobre el mercado financiero ignoradas por el Anteproyecto.
