

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS NORMAS DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN: Este trabajo trata de argumentar el carácter extemporáneo, contrario a las tendencias uniformes del Derecho comparado, falta de rigor científico e inconstitucional de la inclusión en la Propuesta de Código Mercantil recientemente presentada al Ministerio de Justicia de dos libros dedicados, respectivamente, a las obligaciones mercantiles en general y a los contratos mercantiles en particular. A la crítica a la pretensión inicial se añade además la debida a la escasa calidad técnica del contenido de ambos libros, así como al carácter caprichoso de los temas seleccionados para su inclusión en un pretendido Código Mercantil.

ABSTRACT: *This paper discusses the out-of-time, unscientific and unconstitutional character of the Proposal of the new Commercial Code 2013, which is also contrary to the uniform trends followed in Comparative Law. Specifically, the author criticizes the inclusion of two Books devoted respectively to commercial obligations in general and commercial contracts in particular. Further, she adds some considerations about the poor technical quality of the content of both books and also about the whimsical nature of the topics included in the proposed Commercial Code.*

PALABRAS CLAVE: Propuesta Código Mercantil, derecho mercantil, derecho general-derecho especial, obligaciones, contratos, bases de las obligaciones contractuales, Constitución española, Código.

KEY WORDS: *Proposal of Commercial Code, Commercial Law, especial norm/general norm, obligations, contracts, basis of contractual obligations, Spanish Constitution, Code.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SE TRATA DE UNA PROPUESTA QUE, AL MENOS EN LO REFERENTE AL DERECHO DE CONTRATOS, RESULTA OBSOLETA Y EXTEMPORÁNEA. 3. LA PROPUESTA PARTE DE UN CONCEPTO DE LO MERCANTIL QUE RESULTA SER PRÁCTICAMENTE OMNICOMPRESIVO. 4. A PESAR DE AUTOPROCLAMAR AL DERECHO CIVIL COMO DERECHO ESPECIAL, LA PROPUESTA DESVIRTÚA TOTALMENTE ESA CALIFICACIÓN. 5. LA PROPUESTA ESTÁ TRANSIDA POR EL DESEO DE BLINDAR EL CARÁCTER MERCANTIL DEL RÉGIMEN DE LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS. 6. LA EXPANSIÓN DEL PERÍMETRO DE LO MERCANTIL NO SOLO ES CRITICABLE. 6.1. *La Propuesta en materia de obligaciones y contratos contradice la mejor doctrina.* 6.2. *La Propuesta en materia de obligaciones y contratos contradice la jurisprudencia.* 6.3. *La Propuesta en materia de obligaciones y contratos es totalmente arbitraria.* 6.4. *La Propuesta en materia de obligaciones y contratos es inconstitucional.* 6.5. *La Propuesta no se adapta a un modelo de Código.* 6.6. *La Propuesta no soluciona el problema que pretende.* 7. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Por Orden de 7 de noviembre de 2006, se encargó a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil. El 17 de junio de 2013, el Presidente de la Sección, D. Alberto Bercovitz, hizo entrega del resultado del encargo, compuesto por casi dos mil artículos, divididos en

ocho libros, bajo el título “Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación” (en adelante PCM). Sin duda un texto de tal tamaño e importancia merece estudios y reflexiones detalladas y exhaustivas, de las que probablemente derivarán juicios de toda índole, tanto positivos como negativos, alabanzas y críticas. Por mi parte, me limitaré ahora a hacer algunos apuntes sobre lo que, en mi opinión, constituye uno de los errores mayores de la Propuesta, cual es la inclusión en el Código Mercantil de los Libros Cuarto y Quinto, respectivamente rubricados “De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general” y “De los contratos mercantiles en particular”. Aunque no entraré en ello en esta sede, quiero dejar también constancia de la profunda equivocación que supone introducir en la sede de un hipotético Código Mercantil regulaciones *ad hoc* de institutos jurídicos generales como la prescripción y la caducidad (Libro Séptimo), o las cuestiones de capacidad.

Antes de entrar a justificar las razones de esta opinión —que coincide, sustancialmente, con la expuesta en las Alegaciones a la Propuesta presentadas por el Grupo Actualiza, de las que la autora de este artículo es también firmante, junto con A. Cañizares, C. Géte-Alonso, F. Infante, M. Martín, F. Oliva, J. Solé y T. Torres—, me permito mostrar mi sorpresa ante la absoluta falta de coordinación, y hasta pudiera decirse que de conocimiento, de lo que en la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, esto es, en la Sección Civil, se ha hecho y se sigue haciendo, para lo que, al menos teóricamente, es en estos momentos el objetivo común de ambas: la modernización del Derecho privado patrimonial y su mejora técnica. Que esta Propuesta de Código Mercantil ignore, como si no existiera, la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código civil, presentada por la Sección Primera en 2009, o incluso que ambas secciones no hayan trabajado juntas en la elaboración de sus textos, no tiene explicación razonable, porque desde luego no puede ser calificada de tal la basada en querellas académicas o en protagonismos personales.

Estas son las razones en las que baso mi juicio negativo sobre los Libros IV y V de la PCM.

2. SE TRATA DE UNA PROPUESTA QUE, AL MENOS EN LO REFERENTE AL DERECHO DE CONTRATOS, RESULTA OBSOLETA Y EXTEMPORÁNEA.

La experiencia comparada pone de manifiesto que las modernas normas de procedencia tanto internacional como del Derecho de la Unión Europea y del de los países que la integran apuesta por un modelo de Derecho de obligaciones y contratos unificado, donde no tiene sentido alguno la división entre lo civil y lo mercantil, en la que, por el contrario, esta Propuesta trata de ahondar. Distinción que, por cierto, el Derecho anglosajón nunca ha reconocido (o al menos no lo hace desde el siglo XVIII con la supresión de los Tribunales del Almirantazgo que aplicaban el *merchant law*), como tampoco la reconocen las normas de Derecho Internacional Privado en materia de contratos.

Cabe señalar que la única distinción relevante que asumen las propuestas más o menos recientes, muchas de ellas avaladas por la Unión Europea (DCFR, o la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011, o CESL), es la que distingue, por un lado, los contratos entre iguales (empresarios /empresarios —conocidos como B2B—, particulares/particulares) y, por otro, entre partes que están en posición desigual (empresarios/consumidores —llamados B2C— o incluso entre empresarios/pequeños empresarios). La PCM, por su parte, pretende incluir en su regulación de la materia contractual tanto los contratos entre empresarios, como los realizados entre un empresario y un consumidor, pero luego deja a salvo las normas de protección de estos (cf. art. 001-4.2 de la PCM), con lo que en realidad —y dejando al margen el tema de los contratos entre particulares para los que parece querer reservar, a modo, si se me permite la expresión, de reserva india, la materia civil— ni codifica ni, desde luego, unifica la materia pretendidamente regulada.

En consecuencia, la Propuesta de Código mercantil carece de precedentes en el Derecho comparado y se distancia notablemente de lo que se ha hecho en países como Suiza, ya en 1881, Alemania (2002) y Holanda (1992), en buena parte de los países del centro y este de Europa, o de lo que se está haciendo en Francia (cuyo Código de Comercio de 2000, teórico modelo del presente, en absoluto establece un régimen jurídico general, ni para tipos contractuales concretos, ni mucho menos para las obligaciones y contratos); tampoco con lo que en buena medida está ya hecho en Italia (CC de 1942) y en Portugal (CC de 1966), o lo que pretende, por ejemplo, la propia Unión Europea en la ya citada Propuesta de Reglamento para una compraventa europea. Otro tanto cabe decir de lo sucedido en países de tradición similar a la nuestra como los iberoamericanos, con Códigos unificados en Perú, Paraguay, Bolivia o Brasil, al igual que se está tratando de hacer en Argentina —cuyo Proyecto de unificación de los Códigos civil y de comercio se ha presentado en 2012—. Por el contrario, a diferencia de lo que ocurre en todos estos ordenamientos, la Propuesta española no unifica el régimen de los contratos prescindiendo de las características de su sujetos de la relación, sino que insiste en diferenciar distintos tipos de relaciones en función de un concepto expansivo de mercantilidad, sin paralelo en el ámbito comparado (cf. arts. 001-2 y 001-4 de la Propuesta), con el que se quiere abarcar, como veremos, la práctica totalidad del tráfico jurídico patrimonial.

3. LA PROPUESTA PARTE DE UN CONCEPTO DE LO MERCANTIL QUE RESULTA SER PRÁCTICAMENTE OMNICOMPRESIVO.

Superando completamente los intentos delimitadores que tanta tinta han hecho correr durante los dos últimos siglos, la Propuesta identifica la materia mercantil con toda la referente al mercado (cf. Exposición de Motivos I-9, “la delimitación de la materia mercantil se hace a partir de un concepto básico: el mercado como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios y entablan relaciones jurídico privadas objeto de regulación especial” [¿?]; cf. también en

este mismo punto, “El Código regula de una manera absolutamente predominante el Derecho privado aplicable para los sujetos y las operaciones relacionadas con el mercado...”). Este planteamiento expansivo, que, como ya he dicho, no tiene equivalente en el ámbito del Derecho privado comparado, es, además de equívoco, profundamente contradictorio pues, como se ha anticipado, incluye las relaciones entre empresarios y entre particulares y empresarios y deja únicamente fuera las de los particulares entre sí —*cf.* arts. 001-2 y 001-4 o art. 511-1, entre otros muchos— cuando nadie puede sensatamente negar que los particulares también participan en el mercado, incluso cuando se relacionan con otros particulares; siempre lo han hecho y últimamente lo hacen aun más a través del comercio electrónico, por ejemplo. No obstante, debe reconocerse que este intercambio económico entre particulares no es en las sociedades desarrolladas actuales el más habitual, ni resulta ser el económicamente más relevante, por lo que tiene cierta gracia que el texto de la Propuesta siga calificando el Derecho mercantil como especial (*cf.* I-14 Exposición de Motivos de la Propuesta y el ya citado I-9), mientras que relega al Derecho general (el civil) a un papel meramente residual, desvirtuando totalmente el significado de ambos términos (especial/general), cuestión sobre la que más adelante he de volver.

Por otro lado, resulta ser poco coherente la obsesión de la PCM por incluir las relaciones empresario/consumidor, para después considerar expresamente “las normas de protección a los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil” (*cf.* I-30 Exposición de Motivos) con lo que, en definitiva, las relaciones jurídicas entre empresario/consumidor están pero no están: parece que están en lo que no sea protección del consumidor y no están en lo que sí sea parte de esa protección, lo cual resulta, cuando menos, ambivalente, dejándolas en un limbo de difícil ubicación y palmaria inseguridad. Si a ello añadimos la inclusión en el libro V de los contratos turísticos, entre los que se menciona por ejemplo el de viaje combinado (art. 534-7, cuyo contenido normativo se limita a dar el concepto y recoger una norma de remisión), la situación ya resulta, sencillamente, incomprensible.

La obsesión por la “mercantilidad” alcanza su paroxismo en el artículo 411-1 de la Propuesta, con el que se encabeza el Libro Cuarto de la misma relativo a las obligaciones y contratos mercantiles en general, cuando bajo la rúbrica “Carácter dispositivo de las normas” señala “*Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y a su mercantilidad, tienen carácter dispositivo, salvo que en ellas se establezca otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes*”. Este precepto, de no fácil inteligencia, o no significa nada, o la prohibición de exclusión de la mercantilidad pudiera interpretarse como dirigida a eliminar toda posibilidad de que las partes puedan pactar su sometimiento al Derecho civil en lugar de al Código mercantil (supuesto que ambos fueran diferentes), lo que también resulta curioso, puesto que la autonomía de la voluntad de las partes, incluido en lo referente a la norma aplicable al contrato, ha sido una constante en este sector del ordenamiento. Sin embargo, parece que con el texto mencionado en la mano, dos empresarios o un empresario y un particular podrán pactar, cuando la situación

implique un conflicto de leyes, su sometimiento por ejemplo, al Derecho inglés donde, como es sabido, se desconoce la diferenciación civil/mercantil, o incluso al Derecho de otro país continental en el que el alcance de lo mercantil no llega tan lejos como el que se pretende en esta PCM, de modo que las normas finalmente aplicables a la relación podrían ser las contenidas en el respectivo Código civil; pero sorprendentemente en ningún caso podrán pactar su sometimiento al Código civil español (salvo que a alguien se le ocurra que también para estos casos el art. 3.3 del Convenio de Roma I impone la aplicación de la “mercantilidad”).

Esta definición de lo “mercantil” como aquel referente al mercado es además sumamente simplista, pues, como ha dicho el propio Tribunal Constitucional, “el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento no es en modo alguno preciso [...] la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal siempre viva” (STC 88/1996).

4. A PESAR DE AUTOPROCLAMAR AL DERECHO CIVIL COMO DERECHO ESPECIAL, LA PCM DESVIRTÚA TOTALMENTE ESA CALIFICACIÓN.

Como dice BADOSA, 2010:111, la especialidad de un ordenamiento (mejor aún, de un sector del mismo) consiste, en primer lugar, en tener un ámbito o materia de regulación que exija una normativa diversa de la que podría proporcionarle el Derecho general, siendo preciso además que tal regulación especial sea impeditiva de la aplicación de las normas civiles.

La razón de ser de la existencia del Derecho especial reside en la voluntad de obtener unos resultados distintos y más adecuados que los que se obtienen con el Derecho general; luego es una pura contradicción sostener que pueda existir un Derecho especial donde se repitan las mismas reglas que se recogen en el Derecho general posibilidad que, sin embargo, la PCM admite sin ningún empacho (Exposición de Motivos I-32).

Por definición, un Derecho especial lo es en relación con otro, el Derecho general; tiene como características institucionales su insuficiencia y su independencia, lo que se traduce técnicamente en la necesidad de acudir al Derecho general como supletorio cuando sea necesario (BADOSA, 2011:122, *cf.* art. 4.3 CC), esto es, precisamente en razón de aquella insuficiencia (GARCÍA RUBIO, 2004:1945 ss.).

La contradicción en la que incurre en este punto la PCM se manifiesta incluso de manera expresa en la Exposición de Motivos al delimitar la materia mercantil; por un lado se incluye en ella a la práctica totalidad de los sujetos y de las materias que actúan en el mercado. Es remarcable como el texto (I-11) se muestra orgulloso de incluir en el ámbito de la PCM “ámbitos económicos hasta ahora excluidos del Derecho mercantil por razones históricas que se consideran superadas” —sin que se expliquen ni esas razones ni las que muestran su superación—, citándose como ejemplos la agricultura,

la artesanía, o las propias de profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes se destinen al mercado —¿a dónde, si no?, me pregunto—. Por otro, se dice que la PCM se limita a acotar su propia materia, partiendo de su carácter de Derecho especial (Exposición de Motivos, I-14), reconociendo en ese punto que “solo en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se aplicarán a esta materia las de la legislación civil, según su sistema de fuentes”. Lo que cabe preguntarse entonces es qué sentido tiene esta llamada al Derecho general, una vez que se pretende agotar la práctica totalidad del derecho patrimonial aplicable a las relaciones en el mercado con normas que se dicen expresamente mercantiles.

5. LA PROPUESTA ESTÁ TRANSIDA POR EL DESEO DE BLINDAR EL CARÁCTER MERCANTIL DEL RÉGIMEN DE LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS

En realidad, la Propuesta está transida, hasta la obsesión, por el deseo de blindar el carácter mercantil del régimen de las obligaciones y los contratos, con el fin reiteradamente confesado de que la competencia legislativa corresponda en exclusiva al Estado y de que, por tanto, ninguna Comunidad Autónoma pueda dictar normas propias sobre las obligaciones y contratos basadas en su competencia en materia de legislación civil. El razonamiento parece sencillo: si la materia mercantil es competencia exclusiva del Estado (*ex art. 149.1.6ª CE*) y esta se define de la manera más amplia posible e incluso imaginable, la norma reguladora solo puede ser una norma estatal y nunca podrá ser una norma autonómica basada en la competencia en materia de Derecho civil que algunas Comunidades Autónomas poseen (*art. 149.1.8ª CE*).

Ya en la Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil, existe un cierto resabio de esa idea que me permito llamar “imperialista” de lo mercantil, puesto que el encargo pretendía no solo que “se integrará y delimitará la legislación mercantil existente”, sino que también “se modernizará y completará, en la medida que se estime oportuno, la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado”, concepto éste, el de unidad de mercado, que no es estrictamente jurídico, que no aparece de modo expreso en la Constitución y que, curiosamente, en ningún momento se relaciona ni en la Orden ni en la PCM con la competencia estatal exclusiva en materia de bases de las obligaciones contractuales contenida en el artículo 149.1.8ª CE, a pesar de que el Tribunal Constitucional acostumbra a hacerlo cuando se abordan cuestiones de competencia en temas de contratos, sin ocultar que muchas veces lo haga de forma conjunta con el 149.1.6ª (*ad ex. STC 71/1982*). La reciente aparición de la Ley 20/2013 de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y su escurridiza definición, contenida en el artículo 1º, nada ayudan a aclarar el concepto pretendidamente justificante.

La impresión o incluso el convencimiento de que el nuevo Código mercantil propuesto pretende alcanzar a “todo lo que se mueve en el mercado” para blindar *tout court* la competencia exclusiva del Estado, se hace explícita machaconamente a lo largo de toda la Exposición de Motivos de la Propuesta como demuestran, entre otras, las siguientes referencias:

- La propia Exposición de Motivos se refiere al nuevo Código mercantil como “un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional” (cf. punto I-7).
- En el punto I-32 de la Exposición de Motivos se dice literalmente: “Gracias a esta regulación sintetizada de las normas y [sic] obligaciones en general se asegura la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando que puedan plantearse regulaciones distintas en estas materias por razones de la normativa que rige subsidiariamente a las normas mercantiles”; repárese, por cierto, en el temor que parece existir en mencionar siquiera que esa normativa es precisamente la “civil”.
- Aludiendo al proceso de modernización del Derecho mercantil que representa el nuevo Código, el punto V-1 de la Exposición de Motivos señala: “Este proceso de modernización ha comenzado por las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, ya que esas normas son fundamentales para que la legislación mercantil cumpla la función que le corresponde de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico privado” y añade: “El Libro IV comprende, pues, los aspectos generales de la contratación moderna”.
- En el punto VI-32 la Exposición se señala: “La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia”.

Intentaré demostrar lo falaz de esta, si se me permite la expresión, “ocurrencia”.

6. LA EXPANSIÓN DEL PERÍMETRO DE LO MERCANTIL ES CRITICABLE.

La expansión del perímetro de lo mercantil no solo es criticable por caprichosa, contradictoria y única en el panorama jurídico comparado, sino que además lo es por razones tanto de índole estrictamente jurídica, como por motivos que pueden considerarse políticos o mejor aún, de política jurídica. En el primer aspecto, porque contradice la mejor doctrina, incluida la dimanante de los más reconocidos estudiosos del Derecho mercantil español; porque contradice además la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre la delimitación entre contratos civiles y mercantiles; porque hace una diferenciación totalmente arbitraria de la materia patrimonial y porque es contraria al texto constitucional; además, tal y como está configurada, ni siquiera constituye una verdadera codificación de la materia mercantil. En el segundo sentido, ha de ser objeto de crítica porque en absoluto resuelve, sino más bien todo lo

contrario, el problema político que descaradamente quiere atajar. Trataré de explicar cada uno de estos argumentos.

6.1. *La Propuesta en materia de obligaciones y contratos contradice la mejor doctrina*

También en nuestro país, como en otros, ha sido reiteradamente defendida la necesidad de unificación del régimen de las obligaciones y contratos, superando la diferencia que solo por avatares históricos de todos conocidos pero de escasa consistencia en la actualidad, se ha arrastrado con algunas normas diferenciadas en los decimonónicos Código de comercio de 1885 y Código civil de 1889. Ahondar ahora en lo que en su momento fue un mero accidente histórico largamente superado, no deja de ser un contrasentido. Para que no se crea que tal criterio ha sido mantenido únicamente por cultivadores del Derecho civil celosos de su materia, me permito citar solo a reconocidos mercantilistas. En primer lugar, al considerado maestro del Derecho mercantil español contemporáneo, d. Joaquín Garrigues, que en su conocido ensayo “Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil”, publicado en 1959 por la Revista de Derecho Mercantil (recogido también en *Temas de Derecho Vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, 37 ss.), al hablar de la distribución legislativa de las materias contenidas en los Códigos civil y de comercio terminaba proponiendo en la materia que nos ocupa “Un Código único para las obligaciones en el que se incluyesen también los contratos mercantiles que se han extendido al público en general, siendo indiferente por tanto que uno de los contratantes sea una empresa mercantil, ya que precisamente la actividad de las empresas va dirigida hacia el público” (*Temas de Derecho Vivo*, 94); este mismo autor, en su ensayo “Derecho Mercantil y Derecho Civil”, conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid y publicada en esos mismos *Temas de Derecho Vivo*, en relación con la futura codificación del Derecho privado, señalaba reiteradamente que el Derecho mercantil había dejado de ser —hace ya medio siglo— un Derecho especial y se había producido su generalización; entendía también que de ello se derivaban dos consecuencias evidentes: una, la unificación del Derecho de obligaciones, otra la reducción del ámbito clásico del Derecho mercantil; me permito resaltar que justo lo contrario de lo que esta Propuesta, valga la redundancia, propone. Decía el recordado maestro, literalmente, que “la fusión del Derecho de obligaciones mercantiles y del Derecho de obligaciones civiles se impone ya con toda la fuerza de una realidad económica insoslayable” (*Temas de Derecho vivo*, 129) y volvía a abogar por un Código de las Obligaciones que contuviera las disposiciones generales de obligaciones y contratos, los contratos que se han convertido ya en contratos comunes en los que no hay razón para la dicotomía, las disposiciones generales sobre títulos valores y el concurso de acreedores. Si se me permite la digresión, no deja de ser curioso que el legislador español en el año 2003 haya optado y alabado la decisión de elaborar una Ley Concursal unificada, y ahora insista e incluso ahonde en la dicotomía que tantos problemas prácticos causa al aplicador del Derecho.

Pero no ha sido únicamente Garrigues quien, entre nuestros mercantilistas, ha abogado por la necesidad de un régimen unificado de las Obligaciones y Contratos. Aunque han sido varios autores los que lo han hecho (Aurelio Menéndez, Beltrán Sánchez, Vicent Chuliá, entre otros), creo especialmente oportuno mencionar aquí a un autor tan significativo en el proceso de elaboración de la Propuesta de Código Mercantil de 2013, como es el Profesor Alberto Bercovitz y Rodríguez-Cano, pues no en vano es el Presidente de la Sección de lo Mercantil de la Comisión de Codificación y por tanto, puede decirse que, de alguna manera, es también el responsable último del contenido de esta Propuesta. Pues bien, el Pr. Alberto Bercovitz, en su trabajo “En torno a la unificación del Derecho privado” (publicado en los *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, I, Madrid, Tecnos, 1972, pp. 153 ss.), hacía afirmaciones como las siguientes: “se comprende que sea deseable llegar a la unificación total del Derecho de las obligaciones y contratos, aunque al realizarse esa unificación pueda pensarse en la posibilidad de mantener algunos artículos aislados que establezcan ciertas especialidades para determinados sujetos concretos, como se hace en el Código de las obligaciones suizo” (p. 160); agregaba en otro párrafo: “no cabe ignorar que a los profesionales del tráfico les interesa una normativa uniforme para todas sus operaciones, sea quien sea la otra parte contratante, y que en aquellos otros supuestos en que el carácter de la operación lo exige, la libertad de pactos ofrece el medio para establecer una regulación especialmente adaptada a las circunstancias del caso” (p. 161); añadía que “la duplicidad del régimen es un grave factor de inseguridad dentro del tráfico” (p. 161) y que “hay que llegar a la conclusión de que sería conforme con las exigencias de la realidad actual la unificación del Derecho de obligaciones y contratos [...] Ello no quiere decir, por supuesto, que hubieran de desaparecer las normas mercantiles en la materia, muchas de las cuales habrían de generalizarse, convirtiéndose en normas de Derecho común”.

Incluso autores menos claramente proclives a la unificación del Derecho privado plantean el relativismo del Derecho mercantil, en el sentido de que su propia existencia está en función de las características del Derecho civil de referencia: allí donde el Derecho civil ha evolucionado más, incorporando las soluciones técnicas propias del Derecho mercantil, el Derecho mercantil desaparece, según señalan URÍA/MENÉNDEZ (1999:28-29). Allí donde el Derecho civil permanece anclado en principios de una sociedad agraria y precapitalista, continúan estos autores, el Derecho mercantil se mantiene necesariamente como auténtico adelantado del Derecho privado, generando nuevas instituciones a medida que se modifica la realidad social y económica. Pues bien, partir de la base de que el Derecho civil español actual sigue anclado en principios propios de una sociedad agraria y precapitalista es, a todas luces, una falacia; nadie niega que el Código civil necesita en materia patrimonial un *aggiornamento* y que esa tarea es urgente; pero lo es, entre otras razones, porque el Derecho civil realmente vivido y aplicado está cada vez más alejado de ese Código y de aquellos principios. De ahí que resulte del todo inexplicable que esta PCM elaborada por la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación ignore completamente los trabajos de la Sección Civil de la propia Comisión y, más en concreto, obvie la Propuesta de

Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos presentada en 2009 (en similar sentido se pronuncia el ya citado documento de ACTUALIZA, Y ALBIEZ DOHRMANN, 2013:5). Si, por razones que no podemos compartir, se insiste en mantener el sistema dualista civil/mercantil, al menos se debe trabajar conjuntamente coordinando ambas reformas.

En atención a todas estas consideraciones, cuesta creer que la razón política subyacente en la Exposición de Motivos de la PCM, única que de verdad puede esgrimirse en sentido contrario, sirva para rebatir los argumentos prácticos y técnicos que la doctrina mercantil, empezando por el propio presidente de la Sección Mercantil de la Comisión, venían esgrimiendo hace unos años, ninguna de las cuales ha caducado, sino más bien todo lo contrario, pues hoy han de considerarse mas vivos que nunca.

6.2. La Propuesta en materia de obligaciones y contratos contradice la jurisprudencia.

La tesis de la mercantilidad “desbordante” contradice en primer lugar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, como ya se ha dicho, cita conjuntamente el artículo 149.1.6ª y el 149.1.8ª en muchas ocasiones para referirse a la materia de obligaciones y contratos y no exclusivamente la primera norma.

Contradice también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la delimitación del carácter mercantil o civil de ciertos contratos, como el de compraventa, cuya calificación como mercantil, con fundamento en los actuales artículos 325 y 326 del Código de Comercio es, obviamente, mucho más restringida que la que ahora se pretende. Se me dirá que eso es precisamente a lo que se aspira en la nueva Propuesta: ampliar un concepto de lo mercantil que se considera excesivamente restrictivo, por lo que ha de hacerse tabla rasa de lo considerado hasta ahora por los tribunales españoles y crear unas nuevas fronteras partiendo de cero. Pues bien, si es así, en un ámbito como el jurídico, que siente horror al vacío y a los giros de dirección radicales y no suficientemente testados, cuando menos la pretensión ha de calificarse de curiosa.

6.3 La Propuesta en materia de obligaciones y contratos es totalmente arbitraria.

En concreto, por lo que atañe a la regulación de esta materia (Libro cuarto y Libro quinto), el I-31 de la Exposición de Motivos dice que “se regulan solo las cuestiones fundamentales”; el V-1 dice que “El Libro IV, comprende, pues, los aspectos generales de la contratación moderna”, y el punto V-2 señala que el Título I “Disposiciones Generales” contiene “las normas básicas en materia de obligaciones y contratos mercantiles”; asimismo, en materia de condiciones generales de los contratos, por ejemplo, el punto V-13 de la Exposición de Motivos dice que el texto “no se ocupa de todos los aspectos del régimen jurídico de las mismas, desarrollados en su legislación específica, sino solo de los más básicos y generales”. Si, en efecto, lo pretendido es regular en este Código mercantil solo las cuestiones fundamentales o básicas, no se sabe muy bien cuál ha sido el criterio de lo fundamental o lo básico que se ha utilizado

para discriminar lo que es tal de lo que no lo es. En ningún momento se explican cuáles han sido los elementos tomados en consideración, ni se puede discernir, por ejemplo, por qué el autor o autores de la Propuesta han decidido que es fundamental regular instituciones como la resolución del contrato, pero no la indemnización de daños, o que es básico incluir la responsabilidad precontractual (o, para mejor decir, algunos aspectos de la misma), pero no la pretensión de cumplimiento, o por qué lo es la modificación e interpretación de los contratos, pero no su invalidez o ineficacia, por citar solo algunos ejemplos.

Incluso cuando decide regular una institución determinada, la PCM es caprichosa, porque frecuentemente no lo hace de manera estructurada y completa, sino, sin explicación aparente, de forma parcial e incompleta; de nuevo cito, a título de ejemplo, la pretendida regulación de los deberes precontractuales y la responsabilidad precontractual (arts. 412-1 y 412-2), donde me pregunto, entre otras cosas, por qué es mercantil el deber de confidencialidad y no lo es, por ejemplo, el de información.

6.4. La Propuesta en materia de obligaciones y contratos es inconstitucional.

El de la rúbrica es un argumento frente a la Propuesta de gran entidad y por ello necesita una explicación más extensa que intentaré, al menos, bosquejar.

A pesar de su carácter meramente académico y su categorización histórica y por tanto mudable, la Constitución española de 1978 acogió en su seno la división material entre el Derecho civil y el Derecho mercantil que siempre ha resultado confusa y difusa. Ello nos obliga a deslindar, en lo que ahora nos preocupa, el ámbito del artículo 149.1.8ª CE, en concreto en lo referente a las bases de las obligaciones contractuales (materia civil), del artículo 149.1.6ª CE donde se apela a la materia mercantil.

Trataré de argumentar la inconstitucionalidad de la Propuesta de Código Mercantil en este punto. Ya he dicho que la propia Exposición de Motivos de la Propuesta afirma que recoge lo fundamental y lo básico en materia de obligaciones y contratos. Pues bien, si lo fundamental se identifica con lo básico y las cuestiones que regula esta Propuesta son fundamentales (aunque desde luego falten, como he dicho, otras igualmente fundamentales), los libros IV y V son inconstitucionales porque la Constitución de 1978 sitúa las “bases de las obligaciones contractuales” dentro de la legislación civil (art. 149.1.8ª) y no dentro de la legislación mercantil (art. 149.1.6ª). Es más, el propio texto explicativo parece reconocerlo de algún modo cuando expone que las normas que recoge en materia de obligaciones y contratos “constituyen los criterios básicos que son aplicables a los contratos mercantiles en particular” (Exposición de Motivos I-32), pero a continuación añade: “Ello hace que aún cuando esas normas coincidan con las establecidas en la legislación civil, ello no es obstáculo para que esas normas al incorporarse al Código mercantil forman parte de la legislación mercantil aplicable a todos los contratos en particular que luego sean regulados”. Pues bien, si partimos de que la atribución competencial del artículo 149.1.8ª CE no coincide con la del artículo

149.1.6ª CE, aunque ambas estén muy próximas, como parece lo correcto —pues no creo que se pueda defender que la misma materia está atribuida al legislador competente en dos números distintos, aunque sea difícil marcar la línea de divisoria entre ambos y aunque la propia jurisprudencia constitucional haya aludido en más de una ocasión a ambos títulos competenciales de manera conjunta, pero como dos títulos diferentes—, creo estar en lo cierto al entender que una norma, desde el punto de vista constitucional, no puede ser las dos cosas, civil y mercantil al mismo tiempo. La norma sobre obligaciones contractuales, si es básica, habrá de ser una norma civil ex artículo 149.1.8ª CE y, por ello, bajo esta calificación, competencia exclusiva del Estado.

Sin embargo la Exposición de Motivos parece decir en el texto reproducido que si esa misma norma, por hipótesis civil, se repite en el Código mercantil, será también mercantil y quedará bajo el amparo del artículo 149.1.6ª CE, que también consagra la competencia exclusiva del Estado, pero sin los problemas de delimitación con relación a la potestad normativa de algunas Comunidades Autónomas que se derivan de su consideración como norma civil. Esta impresión queda corroborada al leer el punto V-3 de la Exposición de Motivos, precisamente rubricado “Relación con la legislación civil”, que dice así: “Aunque se han concretado al máximo las especialidades de los contratos mercantiles, entre las nuevas normas hay algunas que expresan, como ya ocurría con el texto del Código de Comercio que se deroga, principios también reconocidos en la legislación civil, junto con normas que contienen regulaciones diferenciadas; ello es así porque la regulación establecida ha de tener una coherencia sistemática que permita su aplicación” —me permito preguntar si eso no se solventa con la supletoriedad del Derecho civil y, a mayores, cuál es entonces el sentido de la reconocida repetición—, añadiendo más adelante como colofón “Dichas normas, como todas las establecidas en este Código, aparecen como parte de la legislación mercantil, de manera que los participantes en el mercado tienen la seguridad de que son aplicables como parte de la legislación mercantil, a todo el territorio nacional y de su posible coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil”. Creo que este razonamiento y su conclusión son incorrectos y que si una norma básica sobre obligaciones contractuales tiene su título habilitante en el artículo 149.1.8ª CE, su repetición en el Código mercantil ni muta su naturaleza, ni le otorga el don de la ubicuidad, situándola también y simultáneamente bajo el cobijo del artículo 149.1.6ª CE: o pertenece al halo de aquél o al de éste, pero no a ambos. De hecho, de forma análoga a lo que sucede con la doctrina de la Tribunal Constitucional en torno a las llamadas leyes *repetitae, ad.ex.* (STC 341/2005) —doctrina dictada, como es sabido, en otro contexto, cual es el de decidir cuándo es o no legítimo que el legislador autonómico, en el ejercicio de sus competencias, repita disposiciones del Estado en aras a la mejor construcción y comprensión de sus propias leyes—, la repetición solo sería adecuada si la reproducción de la norma civil en sede mercantil fuera necesaria para la mejor inteligencia de esta última, y sin que por ello cambiara, en ningún caso, su naturaleza.

Sí se me permite la digresión, resaltaré que el hecho de que una norma civil no pueda ser a la vez una norma mercantil se justifica también por razones meramente técnicas.

Al respecto, BADOSA, 2010:123, pone de manifiesto que las normas generales que se apliquen en materias del ámbito normativo del Derecho especial no pasan a considerarse, por el hecho de su aplicación, como normas de este, como consecuencia de la independencia entre ambos sectores —el especial y el general—. La remisión del primero al segundo es solo un reconocimiento de la aptitud reguladora del Derecho general; indica que este es apto para regular una situación jurídica mercantil, laboral o agraria, pero en ningún caso supone un mandato de integración normativa; en otras palabras, dice el autor citado, es solo el reconocimiento de la homogeneidad material entre los dos y el superior y compatible grado de abstracción del ordenamiento general. Por insistir en la idea, la llamada al Derecho general como supletorio (el civil) por parte del especial (en este caso el mercantil), no supone una norma de remisión de éste a aquél, pues remisión y supletoriedad son técnicas de integración normativa diferentes entre sí (sobre las diferencias, GARCÍA RUBIO, 2002:60).

Además, y volviendo a la cuestión de la inconstitucionalidad de la PCM, si el título habilitante es el artículo 149.1.8ª ello significa que la Constitución quiere que la materia relativa a las obligaciones no sea una competencia exclusiva del Estado, sino una compartida entre el Estado (en lo que sea básico y en lo no básico para las CCAA que no tengan competencias civiles) y las CCAA que puedan legislar en materia civil (en lo que no sea básico). Ello viene a decir que, por hipótesis, el Estado no puede regular las bases de un modo tan detallado que deje a las CCAA competentes sin ámbito alguno para su propia regulación (no básica). Pues bien, este resultado constitucionalmente ilegítimo, es precisamente el que pretende el cambio de título competencial, pues en el campo del artículo 149.1.6ª CC esas CCAA carecerán completamente de cualquier poder de autorregulación.

Pero, a mayores, existen otras razones que a mi juicio avalan la inconstitucionalidad de esta PCM. Estimo que esta Propuesta es además inconstitucional porque, por más que se empeñe su Exposición de Motivos, el legislador ordinario (estatal o autonómico) no es quien ni para cambiar un título competencial establecido en la Constitución —como he tratado de explicar—, ni tampoco para definir a su arbitrio lo que es uno u otro título competencial, en este caso, la materia mercantil; más cuando lo hace prescindiendo olímpicamente de la propia norma fundamental y con el solo objetivo de atraer para ese campo concreto los ámbitos de actuación que desea regular por razones extrajurídicas que, por otro lado, no tiene empacho en confesar. En este sentido también la jurisprudencia constitucional es categórica al reconocer el “principio de que los poderes constituidos no pueden ocupar el lugar que corresponde al poder constituyente y, consecuentemente, establecer la interpretación del alcance que pueden tener los preceptos constitucionales de manera que el legislador ordinario no puede ejercer una función constituyente interpretando en un sentido determinado, entre varios posibles, dichos preceptos de la Constitución” (STC 76/1983), señalando después (STC 247/2007, FJ 8) que esta doctrina ha sido matizada en el sentido de que “una cosa es que dicho legislador [estatal] realice con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y

estatutario de distribución de competencias, con pretensiones de vinculación a las Comunidades Autónomas (tarea que, evidentemente, le está vedada), y otra muy distinta que, en el ejercicio de las competencias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen para la ordenación de un sector material concreto, dicho legislador deba proceder a una interpretación del alcance y los límites de su propia competencia (STC 227/1988, FJ 3)” (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 6)”, añadiendo a continuación esa misma sentencia de 2007, que “En definitiva, dos criterios pueden extraerse de la doctrina contenida en la STC 76/1983 y complementarias aludidas. El primero consiste en señalar que lo que le está vedado al legislador, estatal o autonómico, es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución. Y el segundo, consecuencia del anterior, se traduce en que los poderes legislativos constituidos, estatal o autonómico, ejercerán su función legislativa de modo legítimo cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que, al hacerlo, no pretendan imponer a todos los poderes públicos, como única, una determinada opción interpretativa del precepto constitucional”, pues “al usar de sus facultades legislativas sobre las materias de su competencia, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento interpretativo del bloque de la constitucionalidad (STC 214/1989, FJ 5)” (STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 21)”.

En definitiva, y como resumen de lo dicho hasta aquí, considero que las normas básicas en materia de obligaciones contractuales son, según el tenor literal de la Constitución española, legislación civil y están atribuidas a la competencia exclusiva del Estado por la vía del artículo 149.1.8ª CE. Que la delimitación de lo que sea o no básico no resulte fácil de hacer y que existan zonas grises en las que resulte discutible la competencia estatal o autonómica derivada de la pluralidad de legislaciones civiles existentes y constitucionalmente reconocidas en España, no es razón legítima para que el legislador estatal huya de las exigencias constitucionales, tratando de cortar por lo sano, esto es cambiando de título competencial y declarando unilateralmente buena parte de la materia contractual básica como mercantil para así autoconcederse determinado poder normativo exento de dudas que es, precisamente, lo que hace esta PCM.

La Propuesta tiene también normas sobre conflictos de leyes de muy discutible constitucionalidad, en las que por no alargarme en demasía y por quedar fuera del foco en el que he centrado esta aportación no me detendré (puede verse un apunte en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/06/la-propuesta-de-codigo-mercantil-un.html>).

6.5. La Propuesta no se adapta a un modelo de Código.

A pesar de que no dejan de existir voces autorizadas que, precisamente al hilo de la Propuesta de Código Mercantil, niegan para el tiempo presente la virtualidad de los Códigos como herramienta adecuada para encauzar el actual material normativo, considerando la técnica codificadora superada (GÓMEZ, 2013:*passim*), lo cierto es que no solo se trata de una técnica profundamente arraigada en la tradición jurídica continental, sino que además los ordenamientos de países que la conforman siguen confiando en ella como la más adecuada, al menos en el ámbito del Derecho privado; baste citar, como ejemplo, el Código civil de los Países Bajos, la Ley de Modernización del BGB de 2002, o en nuestro país, el Código civil de Cataluña o el Código de Derecho foral de Aragón, sin olvidar, entre los mercantiles, los Códigos de Comercio de Francia de 2000 o Austria de 2007. En este sentido, mi opinión es totalmente favorable a la necesidad de modernización de Código civil que en materia de obligaciones y contratos ha sido ya totalmente superado tanto por la acelerada aparición y yuxtaposición de leyes especiales, como por la práctica jurisprudencial, progresivamente adaptada a las nuevas circunstancias y los nuevos vientos europeos e internacionales. El papel central que ha cumplido y cumple el Código civil en el sistema de Derecho privado ni puede, ni debe ser abandonado, pues sin duda constituye la sede adecuada para cobijar las categorías técnicas y las reglas generales del sistema que constituyen la síntesis de nuestra cultura jurídica y a las que habrá de acudir desde cualquier otro sector del ordenamiento como firme sostén de la coherencia y la continuidad del mismo.

No tengo claro, sin embargo, si en el ámbito mercantil la mejor opción es la de un Código aglutinador de sectores tan diversos entre sí como pueden ser la regulación del Registro Mercantil y el Derecho de la Competencia, o el Derecho de Marcas y el de Sociedades. Tal vez se adaptaría mejor a las características del tráfico jurídico en estos sectores un buen sistema de leyes *ad hoc*, ordenadas y coordinadas en la medida necesaria. En todo caso, lo que si tengo por seguro es que esta gigantesca PCM en la que estamos poniendo el puntero, tal y como está concebida y ejecutada, no es en absoluto la solución técnicamente más acertada. Añado además que, de optarse por ello y parafraseando a un autor francés reciente, un Código mercantil, sea nuevo o sea viejo, tiene que tener un contenido que respete al Código civil y un título que se corresponda con su contenido (LEVENEUR, 2007:93).

A nadie se le oculta que el modelo codificador válido para nuestros días no se corresponde con la idea decimonónica de Código, que en palabras de TARELLO estaba inspirado en una ideología y era considerado como acto fundamental, tendencialmente exhaustivo y por ello agotador de la materia codificada, amén de tendente a la perennidad (1988:42). Aún cuando se hable de la necesidad de recodificación, hoy ya no es posible elaborar Códigos como los del siglo XIX, al ser muy otros los presupuestos lógicos, jurídicos y políticos que la pueden sustentar. Con los Códigos modernos (calificativo que hace alusión no solo a una constatación temporal, sino también a la connotación que implica responder mejor a las necesidades de los tiempos, como señala DíEZ-PICAZO, 1992:473, se trata más bien de utilizar una técnica de racionalización y mejora normativa que no podrá ser ya un monumento estático e inamovible, sino

dinámico y abierto, y que en su diseño teórico, puede alcanzar distintos niveles de actuación.

En el que podemos llamar mínimo, con la nueva codificación se aspira a lograr un modelo de reordenación del sistema, de organización y de consolidación; algo así como la codificación de *droit constant* del Derecho francés —llamada también codificación de *lege lata*, por oposición a la codificación reformadora o de *lege ferenda*—. Este tipo de codificación es modesta en apariencia, pues en un sentido estricto el “*droit constant*” significa codificar sin modificar (BRAIBANT, 2004:278). Sin embargo, la labor citada constituye en realidad una importante tarea de política legislativa, aunque solo sea porque actualizar el lenguaje y sistematizar las normas por conjuntos homogéneos, además de suponer un gran avance en sí mismo, lleva consigo, necesariamente, la identificación de errores, lagunas y depuración de materiales innecesarios o perturbadores. Como ha señalado BEIGNIER, 1996:3, este tipo de codificación supone una verdadera “auditoría” de la legislación que conduce habitualmente a su renovación (vid. también OPPETIT, 1996: 7 ss.).

En el lado opuesto, esto es, en el nivel más ambicioso, la codificación contemporánea puede aspirar asimismo a cumplir una función totalmente innovadora, incluso revolucionaria, al modo de lo sucedido en el siglo XIX, de la tampoco estuvo ausente una misión política. Los códigos decimonónicos constituyeron básicamente un acto de ejercicio del poder, un instrumento de cohesión social sustentada en principios nuevos (*Code* francés), e incluso una herramienta de construcción nacional (como ocurrió con el primer CC italiano o con el BGB). Para algunos esto es lo que podría predicarse, por ejemplo, del nuevo Código civil de Cataluña, aunque desde el punto de vista técnico las características de la sociedad postmoderna obliguen al legislador actual a reconocer que la exhaustividad y deseo de perennidad del modelo decimonónico ya no puedan ser mantenidos y, en consecuencia, le lleven a adoptar una técnica legislativa progresiva y abierta, muy distinta de la pretérita. Basta leer el punto I del Preámbulo de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código civil de Cataluña, para dejar constancia de ello.

Pero existe también un modelo de codificación intermedio que, según nos enseña IRTI, se caracteriza por la reducción cuantitativa del Código y su exaltación cualitativa (2001:650); según este modelo, el Código sería el recipiente de los elementos nucleares de la materia de que se trate (civil, mercantil o la que sea), de los principios considerados durables, capaces de resistir el paso del tiempo porque se dotan de una mayor protección que las meras leyes especiales, y que además han de servir de instrumento de interpretación e integración de estas, las cuales, por las propias características de la sociedad contemporánea, seguirían siendo crecientemente abundantes y mucho más cambiantes que el texto codificado.

Pues bien, sin minimizar el ingente trabajo que han hecho sus autores, me parece que esta PCM no sigue ninguno de estos modelos y lo que es peor, no se sabe cual es el que

pretende seguir. Si se atiende al mandato de la ya mencionada Orden de 7 de noviembre de 2006 cuando afirma que en el nuevo Código “se integrará y delimitará la legislación mercantil existente y se modernizará completará, en la medida en que se estime oportuno, la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas...”, parece que el modelo perseguido es el de codificación de Derecho constante, con su sutil ambición renovadora. Si se lee la Exposición de Motivos esta aspiración renovadora resulta más acentuada, en la medida en que, si bien se reconoce que se incluyen en el Código normas legales que ya estaban en vigor anteriormente y que representan una innovación muy limitada (I-24), también se traspasan al nuevo cuerpo legal leyes especiales relativamente recientes, como la de transporte terrestre de mercancías o las normas sobre cuentas anuales (I-26), a la vez que se asume que muchas son las materias que se regulan por primera vez o en que se introduce una regulación que difiere de manera importante de la ahora existente (I-28), como sucede lo referente a la empresa y a los negocios jurídicos sobre ella. En cualquier caso, resulta poco compatible la idea del Código como instrumento de clarificación, ordenación y parcial renovación con la desmesurada extensión de la PCM y la heterogeneidad de su contenido. Aún más inconsistente lo es con la selección un tanto caprichosa de los temas que incluye y los que, por el contrario, deja fuera; en el primer caso tengo que volver a mencionar los Libros IV, V y VII que, por todo lo dicho, resultan extravagantes a la idea de un Código mercantil de derecho constante, como es por ejemplo, su teórico modelo, el francés de 2000 (LEVENEUR, 2007:81 ss.); en el segundo, y partiendo del concepto expansivo de lo mercantil que sustenta la PCM, no se acierta a ver por qué se deja fuera, por ejemplo, el Derecho concursal y es totalmente incomprensible la exclusión (¿?) del Derecho de los consumidores.

Tampoco se puede decir, ni mucho menos, que sea un Código “reformulador”, tendente a establecer un orden nuevo y tendencialmente agotador de la materia mercantil. En primer lugar, además de que se limita a recoger muchas normas previas prácticamente sin ningún retoque y sin distinguir si son más o menos contingentes o más menos duraderas (vid., de nuevo, Exposición de Motivos I-26), como hemos visto quedan fuera del nuevo Código partes esenciales de la materia que pretende rehacer. Pero sobre todo no puede ser un Código de este tipo porque, precisamente por el alcance profundamente innovador que este modelo plantea, el mismo exige un elevado nivel técnico y un alto grado de acuerdo sobre su contenido que al menos puedan garantizar una cierta estabilidad en el tiempo, exigencias ambas que difícilmente pueden considerarse cumplidas por esta PCM.

En fin, no creo que sea un Código moderno del nivel intermedio antes mencionado, caracterizado por lo que IRTI llama “reducción cuantitativa y exaltación cualitativa del Código”; sus casi dos mil artículos, su discutible técnica, el abigarramiento de reglas de distinta procedencia e incluso algunas omisiones y lagunas inexplicables, descartan totalmente su adscripción a este modelo.

En todo caso, cualquier idea de Código, sea cual sea el modelo tomado como referente, ha de perseguir la clarificación y la simplificación del Derecho, evitando duplicidades, redundancias o antinomias dentro del mismo sistema, lo que no se cohonestaría en absoluto con la dualidad normativa y la repetición de normas en materia de obligaciones y contratos basadas en una diferencia forzada entre lo civil y lo mercantil, a la que hay que sumar la también asumida y no bien justificada, autonomía de la Ley de protección de los consumidores que esta Propuesta reconoce y hasta exalta. Aunque ya no pueda aspirar a la perennidad decimonónica, un Código, cualquier Código, ha de dictarse para durar, ha de gozar de la estabilidad suficiente para que la doctrina y la jurisprudencia lo interpreten, lo consoliden y lo desarrollen y, en lo posible, debe de quedar al margen de las coyunturas sociales y las veleidades políticas o científicas de cada momento.

Por otro lado, tampoco quiero dejar de apuntar que como proyecto de Código, la PCM tiene graves deficiencias de índole estrictamente técnica. Así entre otras, cabe señalar que, como se pone de relieve en el Informe del Grupo ACTUALIZA ya citado, la PCM maneja expresiones y conceptos totalmente superados hoy, como el de Derecho común, utilizado en el punto VII.15 de la Exposición de Motivos, o el de incapacidad, este último progresivamente eliminado en los textos internos por obra de la adhesión de España y más recientemente de la propia Unión Europea a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Por otro lado, la PCM pretende consagrar normativamente algunas categorías cuando precisamente estas empiezan a ser discutidas; así sucede, por ejemplo, con la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, muy desdibujada y, para algunos, incluso superada en el DCFR y el CESL. Por añadidura, la PCM ignora la existencia de algunos de los elementos y figuras más importantes en la moderna teoría del Derecho patrimonial, como una correcta comprensión del concepto de incumplimiento de las obligaciones, en su concepción integral y neutra, totalmente aceptada ya en todos los textos del moderno Derecho contractual, o del Derecho registral; permítaseme decir al respecto que son especialmente penosas las normas relativas al Registro Mercantil contenidas en el Título IV del Libro I, en las que parece evidente que no han intervenido auténticos especialistas en la materia.

6.6. La Propuesta no soluciona el problema que pretende.

Finalmente, y como colofón, estoy convencida de que la solución pretendidamente taumatúrgica contemplada en esta PCM no resuelve el problema que trata de atajar, esto es, que alguna Comunidad Autónoma, en concreto a día de hoy Cataluña, rompa en España con la unidad legislativa en materia de obligaciones y contratos –la famosa unidad de mercado– a partir del ejercicio de sus competencias en materia de Derecho civil. No lo hace porque pretende solventar un problema político utilizando un instrumento jurídico equivocado e inhábil para tal fin. Baste señalar al respecto que al mismo tiempo que se pretende iniciar el *iter* legislativo de esta Propuesta, en Cataluña se encuentra ya avanzado el proceso de elaboración del Libro VI del Código Civil Catalán relativo a las obligaciones y contratos, sin que existan razones que hagan

pensar que ese proceso se vaya a detener porque un grupo de expertos mercantilistas de la Comisión General de Codificación hayan decidido que todo lo que se mueve en el mercado es Derecho mercantil. Es obvio que el legislador catalán no va a estar conforme con la delimitación de lo mercantil contenida en esta Propuesta y que, a su vez, hará en el Libro VI de su Código civil una delimitación de la materia civil en la que se considera legítimamente competente, que con toda probabilidad va a chocar con ésta. Ello va a significar que, de seguir adelante ambas iniciativas legislativas, la del Código mercantil estatal y la del Libro VI del Código civil catalán, se puede llegar al absurdo de que una misma cuestión sea civil en Cataluña y mercantil en el resto del Estado, al menos hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de uno o de ambos cuerpos legislativos, lo que como sabemos, creará una situación de incertidumbre que puede durar años y que, con toda claridad, sí será nefasta para el mercado. Ello significa que, la PCM, de hacerse efectiva, provocará un grave desconcierto en el sistema español de Derecho privado y elevará a grados insostenibles los niveles de inseguridad jurídica, que es justamente lo contrario de lo que debe perseguir cualquier idea de Código y de codificación.

7. CONCLUSIÓN

En definitiva, después de todo lo dicho, creo justificado afirmar que la PCM ahonda en lo que el maestro GARRIGUES llamaba “el Derecho mercantil mismo como problema”, que va a crear una controversia político-jurídica aun mayor que aquella que pretende, infructuosamente, resolver. Hace ya más de medio siglo que el propio GARRIGUES decía que “ya nadie puede saber hoy donde empieza y donde termina el Derecho Mercantil, cuáles son sus linderos, y si realmente hay alguna razón, que no sea puramente académica, que justifique la existencia de esos linderos”; mucho me temo que no la hay.

Numerosas son las razones que apuntan a que en la imprescindible tarea de modernización del Derecho patrimonial español, lo deseable es elaborar un único Código sobre la materia de obligaciones y contratos, donde se refleje la realidad actual y se encauce la futura de manera adecuada a las necesidades del tráfico; una realidad que se caracteriza por la recíproca influencia del Derecho civil y el Derecho mercantil tal y como han sido científicamente contruidos, ambos a su vez ahormados por los principios constitucionales y europeos. Un Código que supere lo que GARRIGUES denominó “conflictos fronterizos” del todo estériles y que sitúe al Derecho privado español en la senda de la modernidad, abandonando disputas meramente académicas que recuerdan tiempos demasiado lejanos como para tener nostalgia de ellos. Creo que, en efecto, tal Código ha de ser una ley estatal que encuentra su habilitación competencial en el arts. 149.1.8ª CE en aquello que sean normas básicas sobre obligaciones y contratos y por ello, solo puede ser el Código Civil. Tal opción permitiría, en efecto, que algunas Comunidades Autónomas legítimamente elaborasen normas relativas a las obligaciones y contratos, las cuales en ningún caso podrían ser “bases de las obligaciones contractuales”, pues esto sí les está constitucionalmente vedado. De

hecho, prácticamente todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio tienen normas sobre obligaciones y contratos y las aplican diariamente sin que ello haya sido hasta ahora catastrófico para la sacrosanta “unidad de mercado”; destaco además que algunas de estas normas, como las incluidas en el Fuero Nuevo, llevan varias décadas vigentes y no se ha cuestionado su constitucionalidad.

Con el horizonte de colocar a nuestra legislación en un lugar acorde con las exigencias sociales y económicas del tiempo presente, lo único sensato es que nuestro país no ignore al menos por una vez en su historia, las tendencias y la experiencia del Derecho comparado, especialmente las del Derecho europeo, en su doble acepción de Derecho de la Unión y de Derecho de los países que la conforman. El ejemplo alemán, donde la modernización del BGB se incluyó en la agenda de reformas de trascendencia económica, debería ser, a mi entender, el seguido. Allí se optó sensatamente por modernizar el Derecho de obligaciones y contratos y por atender a las nuevas exigencias impuestas por los contratos celebrados con consumidores y usuarios en el marco de un sistema común y, en lo posible, uniforme. Se tomó conciencia de la importancia jurídica y económica de la tarea y se optó, de modo realista, por reformar el BGB por su carácter señero, vertebrador y básico de toda la materia patrimonial, modernizándolo e integrando en el mismo toda la nueva regulación. Algo similar a lo que deberíamos hacer en nuestro país. El punto de partida que supone la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos presentado por la Sección Primera de la Comisión de Codificación en 2009, no debe ser desdeñado. Trabajar sobre ella, con los esfuerzos comportados de civilistas, mercantilistas y todos quienes tengan algo que aportar en aras al objetivo común, constituye la tarea pendiente y cada día que pasa, más urgente y más necesaria.

BIBLIOGRAFÍA:

Actualiza. Grupo de investigación para la Modernización del Derecho civil. Documento sobre la Propuesta de Código Mercantil.

ALBIEZ DOHRMANN, J., “Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación”, *Diario La ley*, 17.10.2013.

BADOSA COLL, F., *Memoria de Derecho Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

BRAIBANT, G., “Comment Codifier? La Méthode”, en *L’avenir de la Codification en France et en Amérique Latine*, París, 2004, pp. 275-283.

BEIGNIER, B., “Avant-Propos” del libro *La Codification*, B. Beignier (dir), Dalloz, 1996, pp. 1-4.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, A., “En torno a la unificación del Derecho privado”, publicado en los *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, I, Madrid, Tecnos, 1972, pp. 153 ss.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L, "Codificación, descodificación y recodificación", *ADC*, 1992, pp. 473-484.

GARCÍA RUBIO, M.P., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Cálamo, 2002.

GARCÍA RUBIO, M.P. "Plurilegislación, supletoriedad y Derecho Civil", *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España- Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp 1939-1953.

GARRIGUES, J., "Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil", publicado en 1959 por la Revista de Derecho Mercantil (recogido también en *Temas de Derecho Vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, 37 ss).

GARRIGUES, J., "Derecho Mercantil y Derecho Civil", conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid y publicada también *Temas de Derecho Vivo*, Madrid, Tecnos, 1978.

GÓMEZ F., "Un nuevo Código", editorial *Indret*, 2013.

IRTI, N., "Appunti introduttivi a seminario sui codici", *Gir. It.*, 2001, pp. 649-652.

LEVENUER, L., "Code civil, Code de Commerce et Code de la Consommation", en *Le Code de Commerce. 1807-2007. Livre du Bicentenaire*, París, Dalloz, 2007, pp. 81 ss.

OPPETIT, B, "De la codification", en *La Codification*, B. Beignier (dir), Dalloz, 1996, pp. 7-18.

TARELLO, G, *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici. Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988.

URÍA, R./MENÉNDEZ, A., "El Derecho Mercantil", en *Curso de Derecho Mercantil I*, R. Uría/A. Menéndez, t. I, Madrid, Civitas. 1999, pp. 23-44.

Fecha de recepción: 20-12-2013

Fecha de aceptación: 8-1-2014