



LAS NOCIONES DE MERCANTILIDAD DEL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica

M^a del Carmen Gete-Alonso Calera

Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN: El Proyecto de Código Mercantil aprobado recientemente, haciendo caso omiso de las alegaciones presentadas, regula las relaciones obligatorias y los contratos expandiendo la especialidad de lo «mercantil» con absorción de las normas civiles, bajo el pretendido principio constitucional de unidad del mercado. En este trabajo se pretende llamar la atención acerca de la inutilidad del esfuerzo empleado para delimitar la materia mercantil (que es obsesiva). Se utilizan las jugosas explicaciones de su Exposición de Motivos, y se comentan los preceptos, con la finalidad de transmitir la idea de por qué no tiene que seguir adelante este proyecto y, sobre todo, dejar en claro, cual es el auténtico objetivo de una obra como la que tenemos delante.

ABSTRACT: *The Draft Commercial Code recently adopted disregard of the allegations made regulates the obligation relations and contracts expanding the specialty of the «commercial» absorbing civil rules, under the intended constitutional principle of unity of the market. This paper aims to draw attention to the uselessness of the effort employed to define the commercial matters (that is obsessive). To this end explanations used its Preamble and the precepts are commented, to transmit the idea of why not to go on this project and, above all, to be clear, what is the real purpose of a work like this.*

PALABRAS CLAVE: Proyecto de Código Mercantil. Derecho Civil. Derecho Mercantil

KEY WORDS: *Draft Commercial Code. Civil Law. Commercial Law.*

SUMARIO: 1. EXPLICACIÓN-ADVERTENCIA. 2. LA JUSTIFICACIÓN DE UN CÓDIGO MERCANTIL. 2.1. *La unidad del mercado causa de renovación del Código Mercantil.* 2.2. *La unidad del mercado y el Proyecto de Código Mercantil de junio de 2014.* 3. LA TENSIÓN CIVIL-MERCANTIL: LAS NOCIONES DE LO MERCANTIL. 3.1. *La imposición por ley.* 3.2. *Las nociones generales.* 3.3. *Los tipos contractuales (los artículos concretos del PCM).* BIBLIOGRAFÍA.

1. EXPLICACIÓN-ADVERTENCIA

Me ha parecido que, antes de entrar en la materia en la que me ocupo en este artículo–ensayo debía explicar al lector, a modo de advertencia, qué era lo que pretendía transmitir en él, a fin de que no se lleve a equívocos y para que, si así lo cree oportuno, decida si seguir con su lectura o lo deje de lado, pues el tiempo es oro y no está para perderse.

La aparición pública, a partir del año 2013, de los trabajos de codificación de la materia comercial que ha llevado a cabo la Comisión General de Codificación, Sección de lo mercantil, como es sobradamente conocido, al menos en esta Revista y en otros foros jurídicos de derecho privado, ha levantado críticas y ha propiciado diversos y variados escritos, discusiones y opiniones. De parte de una buena y significativa doctrina de

quienes nos dedicamos al derecho civil, la valoración que la obra resultante merece no es nada buena, en especial, por lo que hace a las propuestas de regulación de las relaciones obligatorias y contractuales (con inclusión de los contratos en particular) y de la prescripción y la caducidad; pues aquéllos se asientan en mantener la división entre las relaciones civiles y las mercantiles, cuando el camino a seguir es el de la unificación, y, lo que es más grave y preocupante, porque por la magia que se atribuye a las normas en este Proyecto, se lleva a cabo una transmutación de la relación entre derecho general (el civil) y derecho especial (el mercantil) a través de un inusitado ensanchamiento de éste que, por absorción pretende erigirse en un derecho general.

De lo que acabo de escribir se colige que mi juicio acerca del Proyecto no es, precisamente, favorable y que estoy entre quienes han solicitado, en aras a hacer una buena normativa que, realmente, sea útil, eficaz y que dé respuesta a las necesidades que reclama la sociedad (todos: sean quien sean, sin noción de clase, art. 14 CE), que se retiren de aquél aquellas partes (artículos, libros, títulos) que comprenden las relaciones jurídicas obligatorias que, en buena técnica no son ni civiles ni mercantiles.

Pues bien, partiendo de esta premisa cuando me propusieron que escribiera unas líneas sobre el Proyecto de Código Mercantil, aprovechando las varias anotaciones que había tomado de la revisión del mismo, lo primero que se me planteó es el enfoque que debía darle. Sobre todo porque las cuestiones más generales, y la de comparación con los ordenamientos de nuestro entorno, ya se han abordado, con brillantez y claridad por mis colegas, con los que estoy de acuerdo. No era cuestión, aunque ello es inevitable, de volver sobre lo mismo sino que debía resaltar algún otro aspecto que fuera digno de comentario.

Y esa novedad, no sé si lo he conseguido o no, es lo que explica este ensayo en el que llevo a cabo lo que llamo «deconstrucción a modo de denuncia o crítica». ¿Qué quiero decir con esto? Algo muy simple: sólo llamar la atención acerca de la inutilidad del esfuerzo empleado a la hora de normar y delimitar la materia mercantil. Para ello he utilizado, como se verá, las propias palabras y argumentos del texto analizado, sobre todo las jugosas explicaciones de su Exposición de Motivos, a raíz de las cuales, y del análisis de los preceptos, pretendo transmitir la idea de por qué no tiene que seguir adelante este proyecto y, sobre todo, dejar en claro, cual es el auténtico objetivo de una obra como la que tenemos delante, los argumentos y sus fundamentos.

El eje sobre el que gira el Proyecto es el concepto de lo que sea mercantil, tanto porque justifica la expansión de la materia como porque se utiliza para delimitarla, estas son las dos grandes cuestiones sobre las que me detengo en las líneas que siguen, que se resumen en el denominado principio de unidad de mercado y los criterios que sirven para calificar lo mercantil.

2. LA JUSTIFICACIÓN DE UN CÓDIGO MERCANTIL

La Sección Segunda de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación, en cumplimiento del encargo emanado de la Orden de 7 de noviembre de 2006 llevó a cabo la redacción de un extenso trabajo que como propuesta de nuevo Código de Mercantil (antiguo de Comercio) se presentó por su presidente, D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, al Ministro de Justicia el 17 de junio de 2013.

Se iniciaba, entonces, verano de 2013, la andadura de dicho texto, inmerso aún el país en plena crisis económica, en un momento de quiebra de los conceptos y los valores y, también, de cuestionamiento, de parte de algunos sectores (principalmente políticos) del modelo y reparto constitucional de las competencias para legislar, como el remedio salvador de los problemas que acuciaban y acechan a la economía, la sociedad y la convivencia entre las personas y las empresas, españolas, en las relaciones económicas del mercado.

En el ámbito jurídico técnico, la propuesta de Código mercantil se erigía como la milagrosa respuesta (la pócima mágica) a una supuesta falta de unidad normativa en el mercado, en el tráfico jurídico – económico (más económico que jurídico), propiciada por la diversidad de regulaciones a causa del desmesurado ejercicio de las competencias legislativas de parte de las Comunidades Autónomas y, por supuesto por la inflación del recurso a la técnica de las leyes especiales a la hora de regular un determinado sector del mercado (cuando no, de todo éste).

Así lo corrobora la lectura del primer párrafo de la Orden citada, en el que se resume meridianamente el principio inspirador del encargo de reforma de la norma comercial, principio que habría de presidir su elaboración (*rectius* refacción).

«La legislación mercantil es *competencia exclusiva del Estado* por la necesidad de asegurar en el ámbito jurídico privado *la unidad de mercado que impone la Constitución*. Es por ello deseable que esa legislación mercantil aparezca claramente delimitada para ofrecer así la necesaria seguridad jurídica a todos los operadores económicos. Esa finalidad exige la elaboración *de un nuevo Código Mercantil que sustituya al Código de Comercio de 1885*, totalmente superado ya por la realidad del ordenamiento jurídico, no sólo por sus planteamientos decimonónicos, muy alejados de las exigencias del tráfico económico actual, sino también *por la proliferación de leyes especiales que desgajadas del Código*, dan lugar a *una dispersión de la legislación mercantil de efectos muy negativos* en la realidad del mercado»¹.

No se puede decir más en once líneas: ruptura de la unidad de mercado, necesidad de fijar la materia mercantil (¿es que no lo estaba?) multiplicidad de leyes que conducen a falta seguridad jurídica, planteamientos obsoletos de la norma vigente.

¹ El énfasis es mío.

La clave de la encomienda: la pretensión de retornar a la unidad del derecho patrimonial que, para quien encarga, se identifica con la unidad de mercado que a su decir imperativamente dispone la Constitución, lo que solo se puede lograr a través de un medio: el ejercicio por el Estado de su competencia exclusiva legislativa en materia mercantil (art. 149. 1^a, 6 CE), pues el desarrollo de cualquier otra materia de derecho privado patrimonial no lo conlleva. Es la primera, directa y única finalidad: lograr un mercado (tráfico) jurídico global o uniforme en lo que se refiere a los medios técnicos (las relaciones jurídicas patrimoniales) que se utilizan por las personas que intervienen, además de los medios económicos. Meta que se parangona a la necesidad de reducción, por abstracción y sistematización, de las múltiples y dispersas leyes especiales cuya presencia, separada del cuerpo legal es incompatible con el espíritu codificador. Pues que éste, precisamente, es contrario a la diversidad, al menos en su concepción originaria (la decimonónica, a la que, no obstante criticar, emula). Leyes especiales cuya materia (objeto de regulación) no se califica y en donde parece que tienen cabida todas, pero que son las que provocan esa dispersión normativa, ahora ya sí, mercantil de efectos perversos. Una pregunta, ¿desde cuándo la dispersión normativa tiene efectos negativos? ¿No puede tenerlos enriquecedores por razón de la especialidad técnica de la materia o de la institución?

Así que se trata de llevar a cabo el *desiderátum* de la unificación del derecho privado patrimonial, lo que se hace fijando la normativa de derecho privado (civil – mercantil) a través de la expansión del derecho especial, por razón de una materia (la mercantil) a la que, por lo tanto, urge delimitar. Y se quiere así porque la competencia legislativa de ésta corresponde en exclusiva al Estado y, en cambio, claramente, no la civil; el fundamento es el denominado principio de la unidad de mercado.

1.2. *La unidad del mercado causa de la renovación del Código Mercantil*

En esta tesitura conviene detenerse, brevemente, en este importante fundamento: el principio de unidad de mercado, porque como han manifestado otras voces autorizadas antes (PORFIRIO CARPIO², ALFARO ÁGUILA REAL³, GARCÍA RUBIO⁴, MUÑOZ MACHADO⁵), aunque de manera machacona, en los últimos tiempos, se nos intente convencer acerca de su existencia y se nos imbuya una determinada y sesgada noción

² PORFIRIO CARPIO, Leopoldo, “El Código Mercantil que viene” en *Noticias* (10 de octubre de 2013), Grupo Conesa, grupoconesa.com

³ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús (Blog) *Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil*

⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, «Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado” en *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, Núm. 1, Diciembre 2013 y la misma autora en «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», en *Revista de Derecho civil* Vol. I, núm. 1, 2014, pp 7-27;

⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago «Sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado 30/04/2014». Prólogo a la obra *Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, dirigida por María José Alonso <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1503144> (consulta 3 de octubre 2014).

del mismo, basta moverse un poco entre las normas para comprobar que ni es un principio que esté formulado en la Constitución, ni es un principio general de la organización territorial del Estado y por descontado no es título legitimador de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por supuesto tampoco, en el ámbito jurídico, es hábil para identificar una materia como civil o mercantil, si es que se considera que tiene sentido mantener esta división, que en mi opinión debería reducirse a la mínima expresión.

Ciertamente, como se ha declarado en varias sentencias del Tribunal Constitucional, desde tempranamente, «[...] de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único» (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ6). Pero de ahí no se sigue que exista un principio de unidad del mercado en el sentido de que la regulación de todos los elementos (subjctivos, objetivos e instrumentales) que intervienen en éste deba ser única y estar en una sola mano o sector. A contrario, como se continúa leyendo en esta sentencia «[...] como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios» (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6).

Es lógico el razonamiento, no sólo porque responde a la propia organización del Estado español en Autonomías (art. 2 CE) sino porque lo que se pretende es que haya un orden en el mercado y que se garantice la libertad e igualdad de las personas (arts. 9, 14 y 139 CE), no que los instrumentos jurídicos, de derecho privado o de derecho público (normativa administrativa) sean los mismos. En propiedad no existe tal principio, si es que se utilizan los términos jurídicos adecuadamente (principio en el sentido ex art. 1.4 CC⁶). Y ello es así pues sucede que la propia Constitución admite la pluralidad legislativa, con más o menos exclusividad según la materia, pero siempre garantizada y porque, claramente, no toda la normativa que afecta a la ordenación del mercado o que incide en los instrumentos técnicos (instituciones, relaciones jurídicas) es mercantil. Aunque, desde una perspectiva económica si que cabe hablar de la unidad de mercado como principio. Con todo, es evidente que deliberadamente, se juega con el doble sentido del principio (jurídico / económico)⁷.

En los meses en que el Anteproyecto estuvo en la fase de alegaciones, coetáneamente al fin de su término de presentación, se aprobó la *Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado*, ley de la cabía esperar que abordara, por el objeto de regulación y por la finalidad que se proponía, qué se entiende, jurídicamente, como

⁶ Recuérdese: «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

⁷ La precisión es de M^a Paz GARCÍA RUBIO a quien agradezco la sugerencia.

principio de unidad de mercado. Pues ha ocurrido que, unos cuantos años después de los ochenta del siglo pasado ya no se habla de ordenar el mercado en el que puedan participar todos, sino de que éste se rige por un principio que parece exige una única regulación general y uniforme de todo lo que está en él. ¿Es esta apreciación consecuencia de la globalización a la que parece que estamos abocados o en la que estamos inevitablemente inmersos?

Eso parece que se propone en estos momentos la clase política, en un afán de volver a concentrar el poder en pocas manos. De entre todas las acciones emprendidas últimamente en esta línea para solucionar los problemas que supuestamente se derivan de la conflictividad ocasionada por el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y que inciden en el mercado, destacan por la distorsión que crean o crearán, precisamente, en el mercado y en las relaciones: el Proyecto de Código Mercantil⁸ y la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado⁹.

Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, en la que no existe precepto alguno que ofrezca una descripción de este principio, cómo era de esperar, pero que si pone de relieve la finalidad a la que se dirige, análoga, solo que en el ámbito administrativo, a la que se propone en la codificación mercantil.

Por lo menos se reconoce, en la Exposición de Motivos, que el principio no está, realmente, en la Constitución: «[...] esta norma pretende garantizar la unidad del mercado nacional español cuya existencia es ya *una premisa básica de partida de la Constitución Española*, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de nuestra organización administrativa territorial (I)». Es la misma finalidad, nótese, que difiere por la materia que nos ocupa, la comercial. Y continúa aquélla que «Así, ha considerado el Tribunal Constitucional que el funcionamiento de la actividad económica *exige la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario y general a todo el territorio nacional (I)*». Y que tiene su reflejo «[...] en el artículo 139 de la Constitución que expresamente impide adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y

⁸ Respecto del Proyecto de Código Mercantil baste, simplemente, recordar las múltiples críticas que, tempranamente, ha suscitado en la clase jurídica y no sólo los que provienen de la civilística, sino también, en su propio seno; por no decir de los sectores económicos en los que las normas mercantiles gozaban y gozan de una cierta importancia, que han rechazado de plano y se han opuesto a aquél (hasta lograr, incluso, que el sector quede fuera del Código proyectado, cómo es el caso del Derecho del consumo, el marítimo, el de transporte... etc).

⁹ Respecto de esta ley aconsejo la lectura de MUÑOZ MACHADO, op. cit., «Sobre la Ley de Garantía» y de FUERTES LÓPEZ, F. Javier, *Unidad de mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado* http://www.elderecho.com/administrativo/unidad_de_mercado-actividad_administrativa-garantia_de_unidad_de_mercado_11_62_7430002.html (Consulta 3 de octubre de 2014), artículo que también se ha publicado en la *Revista Derecho Local*, el 1 de diciembre de 2013.

establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español» (1).

Descendiendo a la ley, en lógica consecuencia, no se halla precepto alguno, como no podía ser de otro modo, en el que se ofrezca una noción jurídica del principio de unidad de mercado. En efecto, su artículo 1 (Objeto) no lo hace, y se limita a describir la finalidad: la ley «(1) tiene por objeto establecer las disposiciones para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional» y a explicar su fundamento (2) «la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos».

Sin embargo no exige unidad del mercado sino el levantamiento de las trabas injustificadas que obstaculicen la actividad, entre las que están las derivadas de las decisiones de las autoridades administrativas, que son las que pretende unificar o uniformar, sin tener en consideración el reparto de competencias. Así se sigue del acuñado, por dicha ley, *principio de no discriminación* que se contiene en su artículo 3.2: «*Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico*».

No creo que la referencia a la disposición general que hace este precepto, por lo que ha expresado en la Exposición de Motivos, sea la de eliminar competencias de las diferentes Administraciones Públicas en este ámbito. Tampoco, que aluda a la materia mercantil, pero de la manera en que se presentaba en el Anteproyecto y se presenta en el Proyecto de Código Comercial la unidad del mercado jurídica, sí que infieren unos peculiares criterios que, en lo que afecta a la codificación de derecho privado, no tienen parangón en todo el ámbito europeo.

Sigamos con la propuesta de regulación codificada mercantil. Consecuencia del mandato de unificar normativamente el mercado: un texto que bajo el título «Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil», en el que se presentaba toda la materia comercial normada en casi dos mil artículos distribuidos en ocho libros: Título preliminar, ámbito de aplicación; Libro I, Del empresario y la empresa; Libro II, De las sociedades mercantiles; Libro III, Del derecho a la competencia y de la propiedad industrial; Libro IV, De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general; Libro V, De los contratos mercantiles en particular; Libro VI, De los títulos valores y demás instrumentos de pago y de crédito y Libro VII, De la prescripción y de caducidad. Por cierto, una modernización en la que de lo comercial se pasaba a lo mercantil.

Por supuesto un trabajo de tal envergadura no sólo por su desmesurada dimensión sino por su contenido, dado el enfoque seguido, pues no se limitaba a modernizar y adaptar a la realidad económica del siglo XXI las normas genuinamente de la clase mercatoria, sino que implantaba importantes y relevantes innovaciones en el derecho

patrimonial, al menos en apariencia, no podía introducirse en el ámbito jurídico y económico así como así, sin contar con la comunidad jurídica y significativamente con el parecer de la Sección Civil de la Comisión de Codificación a la que no se consultó ni, como se sigue de la lectura de la propuesta, de la que no se tuvieron en cuenta sus trabajos públicos y publicados sobre la modernización del derecho de obligaciones. De ahí que el Ministro de Justicia manifestara que, pese a su voluntad de promulgar el nuevo código en la presente legislatura, «antes de ello se abrirá un debate en el que podrá participar toda la sociedad española».

Y así fue como, prácticamente hasta finales del año 2103, puesto en información pública el texto, se tuvo la oportunidad de formular lo que pareciera oportuno en relación con el mismo. En noviembre de 2013, el Grupo de Investigación Actualiza, del que formo parte, presentó alegaciones a la Sección de lo Mercantil de la Comisión de Codificación¹⁰ en las que manifestábamos nuestro desacuerdo con la propuesta por lo que, en síntesis es la pretensión de anulación del derecho patrimonial general (el civil) por el especial (el mercantil), en aras al reiterado principio de unidad de mercado.

La propuesta del nuevo Código Mercantil del verano de 2013, presentaba a la comunidad jurídica un nuevo modelo propio y peculiar de codificación comercial inédito en el ámbito jurídico tanto europeo (*civil law*) como en el del *comon law* en el que, como es sobradamente sabido, se desconoce la división entre lo civil y lo mercantil. Un modelo, por medio del cual el legislador español pretende la unificación de la materia patrimonial a la inversa, a través de la ampliación de lo especial (lo comercial), que, por el juego de manos de amparar el ejercicio de la competencia legislativa exclusiva en sede mercantil (art. 149 1. 6^a CE) y no civil (art. 149 1. 8^a CE) y bajo el auspicio del indicado principio de unidad de mercado, es el que se pretende que procure que todos los instrumentos jurídicos sean únicos. Singularmente, se espera lograr, a su través, que las relaciones obligatorias y contractuales, entre los operadores del mercado (y lo son todos los que intervienen en él), sean las mismas para todo el territorio español, por absorción de las normas y principios civiles, por cierto, parcial, incompleta y arbitraria. Se deja en el olvido, porque no interesa, que existe un camino más fácil de obtener tal fin: acudir a las bases de las obligaciones contractuales, que sí ha de establecer, en exclusiva, el estado (art. 149.1.8^a CE)¹¹.

Asimismo, en lo que atañe a la manera de legislar, en la elaboración de este Proyecto de Código Mercantil (en adelante PCM) se sigue un modelo notoriamente fuera de juego de las más recientes legislaciones que se han producido en este ámbito: la francesa, la alemana, fundamentalmente, pese a que se aluda a ellas en algún extremo de la extensa Exposición de Motivos. Incidimos, en las alegaciones presentadas, en

¹⁰ Cuyo contenido se puede consultar en el *Anuario de Derecho Civil*, LVII, 2014, fasc 1, pp. 219 a 225.

¹¹ Por todos, GARCÍA RUBIO, ops. cit., «Una propuesta de Código Mercantil» y la misma autora en «Algunas consideraciones», pp. 7-27; OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «El anteproyecto de Código mercantil en el contexto del proceso Internacional de unificación del derecho privado de los contratos», en *Revista de Derecho civil* vol. I, núm. 3, 2014, pp. 45.

particular, en llamar la atención acerca de cómo se expresaban y utilizaban, en los preceptos proyectados los conceptos jurídicos básicos, los civiles que se han importado a otros sectores del saber y las instituciones jurídicas del derecho privado (la incapacidad, las relaciones personales,...) que mantenía obsoletos la propuesta, muchos alejados de la realidad jurídica y social del siglo XXI.

Sobre todo se hizo hincapié en los que constituyen el derecho patrimonial. Porque es en éstos en los que el texto, lógicamente dada la finalidad perseguida, tiene más interés ya que la pretensión, que alardea sin ambages su exposición de motivos, es la de mercantilizar incluso las normas civiles a las que copia, en el afán de erigirse en propulsor de la unificación del mercado ya no sólo económica sino jurídica; porque un Código de derecho privado, a diferencia de una norma administrativa, consagra los instrumentos técnicos de los que se sirven las partes de la relación jurídica patrimonial para legitimar y justificar los intercambios que tienen lugar en el mercado.

Solicitábamos, entre otras cosas que, a la vista de las razones que exponíamos, se tuviera el sentido común de retirar los libros IV, V y VII, por colisionar con la materia civil, propia de una ley de este carácter. Pese a que se hizo llegar, también, al Ministro de Justicia una copia de las alegaciones presentadas, ha de saberse que, en ningún momento, éste contestó a nuestro escrito.

Así las cosas, el 30 de mayo de 2014, luego de finiquitado el período anterior, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Código Mercantil, que se publicó en la página web del Ministerio en junio de 2014 con la intención de ser el texto que inicie la andadura en las Cámaras legislativas.

Nuevo texto, adelgazado (por eliminación), pues de los dos mil artículos se quedó en 1726¹² a consecuencia de la forzada dieta a la que se sometió por las alegaciones presentadas que han vaciado parte de su contenido. Aunque formalmente mantiene la estructura y división entre el título preliminar y los VII libros mencionados, además de las palmarias exclusiones anunciadas en el Anteproyecto: la normativa sobre consumo y el derecho marítimo, en el texto actual desaparecen notorios contratos entre otros (si no me he descontado) los contratos turísticos, los contratos de distribución, el contenido del contrato de transporte (que ahora se queda en la mera remisión), los contratos de las garantías financieras, los acuerdos de compensación contractual, el contrato de depósito de valores, las operaciones del mercado de valores, la regulación de los valores representados en cuenta. Un contenido eliminado que, si se observa, sí es propiamente mercantil. Y, por el contrario, se da la paradoja de que se mantienen los nuevos introducidos que son genuinamente civiles. Exclusión que no obedece a la

¹² OLIVA BLAZQUEZ, op cit, «El anteproyecto», dice en la nota 2 que «La información sobre el número exacto de artículos que componen el Código aparece en el «Informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», publicado en la web de La Moncloa, (<http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/300514-enlacecodigomercantil.htm>) [consultado en junio de 2014]».

circunstancia de que no sean contratos mercantiles, sino a la mucha presión que se ha ejercido por determinados sectores económicos que no comulgan con el tipo de codificación a la que se quiere someter su normativa. Con lo que se produce la paradoja de que, precisamente, lo que se mantiene es lo que se discute cómo civil y se deja fuera materia mercantil en sentido propio.

El texto originario se conserva prácticamente igual en lo que se refiere a la invasión mercantil del derecho patrimonial privado (civil). Y continúa, en el Proyecto, fundándose la expansión en el principio de unidad del mercado que se hace sinónima de lo mercantil o la mercantilidad. De ahí que convenga detenernos, siquiera brevemente, en este punto.

2.1. *La unidad del mercado y el Proyecto de Código Mercantil de junio de 2014*

El Proyecto de Código Mercantil de 2014, mantiene la estrecha vinculación entre el principio de unidad de mercado y la calificación mercantil de la materia en lo que, bien puede decirse, que no se ha movido un ápice, respecto del contenido del Anteproyecto. Muchas son las palabras con las que nos alecciona la Exposición de Motivos para explicar las propuestas, en particular el contenido mercantil del proyecto, y todas ellas giran alrededor del indicado principio de unidad de mercado. Curiosamente, por cierto, sin una palabra ante el dato contrastado de que, en el PCM actual, además de las ausencias iniciales (las normas de consumo y las del derecho marítimo) se han producido nuevas e importantes exclusiones que hacen dudar de la oportunidad de alegación del principio del que alardea.

Repasemos brevemente lo que se dice acerca de este extremo¹³.

En el *apartado 1* (Consideraciones Generales) de la Exposición de Motivos (números I-1 a I-8), titulado «Razón de ser de un nuevo Código Mercantil», se lee:

«Los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan, por el contrario, la clara delimitación de ésta y la integración de la normativa reguladora» (I-6).

El párrafo transcrito es un modelo de cómo expresar una idea de una manera circular y contradictoria. Lo que se quiere decir, llanamente: la constitución aconseja fijar lo que sea la legislación mercantil porque, al regir el principio de unidad de mercado y ser éste el fundamento de esa competencia legislativa en exclusiva del estado, conviene integrar las materias que responden a esa unidad.

¹³ Me he servido del listado que hace OLIVA BLAZQUEZ, op. cit., «El anteproyecto», p. 58, que indica, precisamente que «El principio de la “unidad de mercado”, /.../ se repite como un sagrado mantra en la Exposición de Motivos del Código Mercantil (I-6, I-7, I-8, I-9, I-12, IV-8, IV-14, VI-23, VI- 31 y VI-33 EM)».

Pero, se pregunta el lector ¿Nueva constitución económica? ¿En qué fecha se inicia la novedad, desde 1978? Y ¿Dónde está la novedad? ¿Los indicados principios han cambiado? ¿A partir de qué fecha? A su vez ¿Es que no está delimitada ya la materia mercantil? Lo que cabe cuestionarse, precisamente, a día de hoy, es si es oportuno o no (en términos de eficiencia) mantener la distinción entre lo civil y lo mercantil, como han dicho ya voces más autorizadas desde hace tiempo, entre los mismos mercantilistas¹⁴, pero no proceder a ahondar en la distinción entre lo que sea civil y lo mercantil, sobre todo en materia patrimonial. Pero sigamos,

«A esos fines —es decir, los de delimitar e integrar la materia—, el Código resulta el instrumento de política legislativa más adecuado. Cuando parecía superado el movimiento codificador, renace actualmente como recurso unificador (*un mismo Código para un mercado único*, con vigencia en todo el territorio nacional), que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula [...]» (I-7).

Reconocido que la técnica de codificar, entendida en su genuino sentido, es decir el decimonónico, ya no procede, entre otras razones, añadido, porque las circunstancias sociales y jurídicas son notoriamente diferentes, se mantiene el recurso a la misma por lo que de unitario tienen los Códigos. Pues bien, el argumento para justificar un Código de lo mercantil con el mismo contenido que el de 1885 y su expansión, frente a la tendencia de unificación de las relaciones obligatorias sin distinguir entre lo civil y lo mercantil, también es el mercado único de la nueva constitución económica. Pero si se lleva a cabo una lectura detenida de la frase, salta a la vista que, de nuevo, nos enfrentamos a un argumento inútil, que no fundamenta nada. En efecto, porque un Código es un instrumento técnico en el que se recogen, sistematizándolas y ordenándolas, las reglas de una determinada materia, de manera armónica, pero un Código no implica, en la actualidad, ni tampoco, como es suficientemente conocido, en la codificación española, una garantía de unidad territorial de vigencia. Es importante señalar que tampoco es cierto que el mercado único no pueda funcionar con una multiplicidad de leyes. ¿Es el continente, es decir el Código, el que unifica? O ¿el contenido: la materia mercantil? No se le escapará al lector que ese valor que se predica del Código y del que se habla es, precisamente, por su connotación mercantil y a su vez porque es la materia de competencia exclusiva del estado. Todo gravita en torno a un mismo planeta: evitar la intromisión de la normativa civil de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio.

¹⁴ Entiendo que no es necesaria la cita, a la que por demás se refiere la mayor parte de la civilística. Por abreviar, consúltense los artículos, de esta misma Revista, ya citados de GARCÍA RUBIO y OLIVA BLÁZQUEZ.

Culminan estos apartados con una frase tajante: «En cumplimiento de ese encargo (procurar por la unidad del mercado a través de la normativa de derecho privado de exclusiva competencia estatal), se ha elaborado este Anteproyecto».

A los interrogantes formulados parece que dan respuesta las explicaciones que se vierten en el apartado 2 (los números I-9 a I-19 Delimitación de la materia mercantil. Título preliminar) de la Exposición de Motivos:

«[...] La delimitación de la materia mercantil se hace sobre la sólida base de los postulados que establece nuestra constitución económica, partiendo del que la enmarca en la economía de mercado y de *la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil*, entendido como la regulación de Derecho privado propia del mercado */sic et nunc/*. No había obstáculo más nocivo para esa unidad que la diversidad de regulación jurídico-privada de la materia mercantil» (I-9).

Es decir, si no lo he entendido mal, la mercantilidad de una materia no es un criterio jurídico en el que tiene cabida una determinada condición económica con la que se actúa en las relaciones jurídicas¹⁵, sino que directamente deriva de una calificación económica, una en concreto: la economía de mercado que es la base de la que se nomina constitución económica, no una cualquiera, por supuesto, sino la de la Constitución (una concreta interpretación de ésta). Parece, así pues, a diferencia de las demás materias jurídicas, que es un concepto cambiante, que varía según el momento y los principios económicos. En el caso que nos ocupa el concepto de lo que es mercantil, entendido como el derecho privado propio del mercado, es aquel al que obligan los valores de éste. Pero no sólo es eso, a ello se agrega un nuevo dato y es que lo mercantil comporta la relación recíproca¹⁶ entre la unidad del mercado, que ya no es el principio informador (el previo presupuesto, o el que se aspira lograr) y la competencia exclusiva del estado sobre la legislación mercantil, una correlación que o se inventa o se da por presupuesta. Interesa, como se observa repetidamente, sentar esta idea – valor, precisamente porque no gusta la diversidad de regulación.

Es inexacto, además de incomprensible, en lo que afecta a la delimitación de la materia, que la proclamada interrelación (unidad y competencia) determine lo que sea mercantil. Como tampoco es cierto que la legislación mercantil sea la única normativa propia del mercado ¿No lo es la laboral? ¿No lo es la fiscal? ¿Es que los contratos civiles no están en el mundo? ¿Tampoco los que están fuera del Código Mercantil? ¿Y los administrativos? La pretensión, no oculta por cierto, de este Proyecto es, cómo dice GARCIA RUBIO¹⁷, que «[...] todo lo que se mueve en el mercado es derecho mercantil», cuando sobradamente no es así.

¹⁵ Vid BADOSA COLL, Ferrán, *Memoria de Derecho Civil*, Marcial Pons, Barcelona 2010, pp. 119 y 120.

¹⁶ Pues es éste el significado de la expresión literal utilizada «correlación».

¹⁷ GARCÍA RUBIO, op. cit., «Una propuesta de Código Mercantil», pp. 11.

«Pero ese concepto central de empresario, basado en el previo de la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, no puede ya restringirse a lo “comercial”, según el concepto clásico que recoge el Código de comercio de 1885, *expulsado hoy por la unidad del mercado; debe comprender también a empresarios dedicados a aquellas materias excluidas del Derecho mercantil*, como la agricultura o la artesanía, que constituyen objeto de empresas cuyos titulares actúan asimismo en el mercado. Y debe comprender también a otras personas que, no siendo empresarios desde el punto de vista económico, dada la naturaleza intelectual de los bienes que producen o de los servicios que prestan (científicos, artísticos, liberales) han de incluirse entre los operadores sujetos a este Código [...]» (I-12).

La versatilidad conceptual de lo mercantil que se comentaba hace un momento, asimismo, está propiciada por la unidad del mercado que tiene la fuerza nada menos que de expulsar lo que había venido siendo uno de los criterios delimitadores de la materia: la empresa¹⁸. Pues que el mercado es el que tiene, además, el poder de atracción a lo mercantil de todo, incluso aunque no exista empresa o la actividad sea de otra índole. Sin perjuicio de lo que se ve más adelante, con ocasión del análisis de las normas concretas del PCM, no me puedo resistir a la falta de coherencia que se sigue de las frases transcritas. ¿En qué quedamos? Porque no sé hasta qué punto es justo que quienes no son empresarios, por el simple dato de que su actividad tiene un contenido económico y se produce, no podría ser de otro modo, en el mercado, sea sometido a la normativa mercantil. Tampoco, que quien realiza una actividad intelectual (artística, creativa, científica...) reciba esa consideración. La empresa, sin embargo, como se sigue del texto articulado, continúa con su papel central, al que por agregación se equiparan los denominados operadores del mercado (cfr., art 001-2 PCM). De nuevo el argumento circular y expansivo. Contrasta con esta afirmación el importante dato de que quedan fuera del texto articulado del PCM importantes sectores, como por ejemplo la regulación de la propiedad industrial como la de la intelectual, el mercado de valores, el transporte, el sector turístico...

Las siguientes alusiones al principio de unidad de mercado se hacen con ocasión del Libro tercero (del derecho de la competencia y de la propiedad industrial). En el apartado 7 (Mantenimiento de normas diversas para las distintas modalidades de la propiedad industrial) se explica que:

«La propiedad industrial comprende un conjunto de normas íntimamente vinculadas a la competencia *cuya regulación forma parte del derecho económico estatal indisolublemente ligado a la unidad de mercado*. Esta es la razón por la que el artículo

¹⁸ BADOSA COLL, (op. cit., *Memoria*, en pp. 145 a 150) respecto del que denomina «[...] tema más polémico de la doctrina mercantilista en sus intentos de precisar la nota que le caracteriza [...] Centrándonos en España se pueden distinguir tres etapas. La primera, en torno al Código de 1829, se caracteriza por [...] el concepto legal de acto de comercio. La segunda, que puede fecharse a partir del Código de 1885 [...] renuncia a una definición *a priori* del concepto. Finalmente, una tercera etapa que tiene sus raíces en los años treinta [...] que define el acto de comercio con relación al concepto de empresa».

149.9 de nuestra Constitución atribuya al Estado la competencia exclusiva para legislar sobre la propiedad industrial y es también la razón por la que, aunque históricamente se desarrolló al margen del Código de Comercio, la propiedad industrial haya sido siempre parte integrante de la materia mercantil» (IV-8).

Pocas palabras bastan, destaca la obsesión por vincular una cuestión netamente jurídica, cual es la delimitación de una materia, con una económica para, de ahí, saltar hacia la competencia legislativa sobre la misma cuando ésta se atribuye en exclusiva al estado. Para incluir la defensa de la competencia y la propiedad industrial en la materia mercantil no eran necesarias estas alforjas, pues no se discutían. No obstante, un par de observaciones: junto a normas mercantiles coexisten, en este derecho de la competencia, otras de ordenación del mercado que no lo son. Y, curiosamente el texto articulado del PCM sólo recoge, al menos para la propiedad industrial, los principios y silencia la propiedad intelectual.

Es verdad, como hemos podido comprobar en ocasiones anteriores, se nos aclara lo indicado en dicho sentido. Y así nos dice (apartado 8 Principios generales para las diversas modalidades de la propiedad industrial), que

«En otros casos las reglas que se establecen vienen a complementar lo dispuesto en la legislación especial; se trata de principios que aun siendo aceptados por carácter general por la doctrina y la jurisprudencia, no se habían incorporado expresamente al ámbito de la legislación. *Tal ocurre con el principio de unidad de registro e indivisibilidad de los derechos exclusivos, principios éstos vinculados a la unidad del mercado*» (IV-14).

Sin ofender, me temo que quien escribió este apartado no pensó bien lo que escribía, el dato de que el Registro sea único y que jurídicamente se configure un derecho como indivisible poco o nada tiene que ver con el principio de unidad de mercado. Porque la decisión de un único Registro es de organización, y la indivisibilidad es una manera de ser del derecho, pertenece a su naturaleza porque así se ha tipificado al ser lo que más convenga (aunque pueda configurarse de otro modo). ¿Era necesario establecer esta nueva correlación? No, sin duda alguna.

Finalmente, la llamada al principio de unidad de mercado se hace en relación con el contrato de compraventa, singularmente para dar razón de las novedades acerca de su regulación y para asentar la mercantilidad del tipo contractual (modalidades o subtipos contractuales).

Así, con ocasión de explicar la nueva regulación de la compraventa mercantil (apartado 4), se advierte de la necesidad de, «[...] En primer término, trasladar al nuevo Código los imperativos de la nueva realidad económica y fomentar la flexibilidad de la regulación a fin de que pueda adaptarse a las actuales y venideras necesidades del tráfico mercantil. En segundo lugar, *la de promover la supresión de trabas que dificulten*

la circulación de bienes y perturben el principio de constitucional de unidad de mercado [...]» (VI.23).

Para evitar, una vez más, la pluralidad legislativa, se entiende que con referencia a los subtipos contractuales o modalidades de contratación, se refacciona el contrato de compraventa mercantil al que se expande. Pero la pluralidad de legislaciones ¿no es una realidad que no ha impedido, hasta ahora, el libre tráfico e intercambio de bienes? E, inmediatamente, la preocupación por la mercantilidad de la compraventa, ante la ampliación notoria de la misma que se hace en el PCM (apartado 5).

«La proliferación de normativas autonómicas que disciplinan de forma diversa idénticos supuestos de hecho impone barreras artificiales a los intercambios de bienes y servicios, al tiempo que dificulta las relaciones comerciales con evidente perjuicio para empresarios y consumidores amenazando la unidad de mercado que promueve la Constitución. 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» (VI-31).

De una parte la manida amenaza del riesgo que comporta la diversidad, que es peligrosa, nociva y entorpecedora. Una diversidad que, en estos momentos, como bien se indica, sólo viene de la mano de la legislación civil, incluida la autonómica. Pero es que esta realidad es inamovible, si se atiende a la ley. No se cambia el reparto de competencias, *rectius* la legitimación para legislar (competencia) porque nos inventemos que, a partir de ahora, el contrato de compraventa ya no es civil sino mercantil. Pero ¿qué quiere decir con que se han creado barreras artificiales? ¿Innecesarias, inventadas? Porque las normas jurídicas, todas, incluidas las mercantiles, son artificiales. De otra parte no conviene olvidar que también hay quien piensa que la diversidad favorece a los consumidores ya que la competencia hará que prevalega la eficiencia. Y sigue,

«[...] no hay razones de fondo que justifiquen la exclusión del tráfico de inmuebles del ámbito mercantil. No es posible obviar, además, que la unidad del mercado exige soluciones unívocas en el conjunto del Estado para los intercambios acaecidos en el mercado nacional cuando sean realizados por empresarios en el contexto de su actividad empresarial» (VI-33).

Los argumentos son conocidos por lo que no vale la pena detenerse en ellos, ya se han comentado en las líneas anteriores. Sí conviene resaltar un dato de interés: los inmuebles son bienes (objeto de derecho) cuya característica es su inmovilidad (que no se pueden trasladar de un sitio a otro), en ellos o con respecto a ellos no sólo ha de tenerse en cuenta, en el momento de regular, la relación jurídica obligatoria (contractual) sino también el propio estatuto jurídico del bien. Y aquí, está más que justificada la pluralidad legislativa, que es más próxima o cercana a la realidad social y a los intereses de las partes. Si hasta el momento el mercado inmobiliario ha permanecido al margen del llamémosle tráfico mercantil, ¿qué necesidad existe en

calificarlo así? La legislación civil autonómica no puede ser sustituida por regulaciones establecidas en la ley estatal.

Conclusión valorativa: el principio de unidad de mercado es el que, en el PCM guía y justifica la materia mercantil no por razón de la naturaleza (jurídica) de las cosas y del tráfico, sino porque no gusta, ahora, el estado de las Autonomías y, en particular la competencia legislativa en materia civil que tienen éstas. Pero es que el intento de bloquear estas normativas está llamado al fracaso simplemente porque las cosas son lo que son y no lo que las partes interesadas o lo que los diferentes colectivos implicados (económicos, políticos...) digan.

Una norma que autodeclara lo qué es mercantil en base a un principio que no existe, realmente no puede imponer el criterio de manera unilateral, en el ámbito de las relaciones patrimoniales porque si así fuera sustituiría o imposibilitaría el ejercicio de la competencia que corresponde a aquellas Comunidades Autónomas que tienen competencia en materia civil, además de que se situaría por encima del legislador civil (ya estatal ya autonómico) si dijera lo contrario. Si se quiere unificar el sustrato de las relaciones jurídicas obligatorias no es este el camino sino el de las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8^o CE), que, por cierto, es legislación civil (las bases).

3. LA TENSIÓN CIVIL-MERCANTIL: LAS NOCIONES DE LO MERCANTIL

Sentado que la necesidad de un nuevo y remodelado Código Mercantil se justifica en el indicado principio de unidad de mercado y que, a su vez, es éste el que determina qué sea su contenido, surge la necesidad, como hemos leído en alguno de los apartados de la Exposición de Motivos comentada, de delimitar la materia mercantil. Porque no debemos olvidar que esta operación se convierte en una pieza clave e indispensable, idea – fuerza, de todo el Proyecto, sin ella decae estrepitosamente la razonabilidad y proporcionalidad de una expansión de las relaciones obligatorias mercantiles que habrían de haberse unificado para dar lugar a un régimen unitario de derecho privado (simples relaciones jurídicas patrimoniales sin adjetivación).

De ahí que, una de las invenciones más significativas del proyecto de Código Mercantil que nos ocupa, altamente llamativa, sea la pretensión de resolver qué sea la «mercantilidad» en el siglo XXI, por supuesto por contraste a la materia civil en su calidad de derecho privado general. Y es una conducta que ha de calificarse como verdadera obsesión de quienes han redactado el proyecto pues lo recuerdan paso a paso y se emplean, para lograr la expansión denunciada, múltiples y variados criterios y argumentos, no siempre atendibles, ni técnicamente asumibles.

No es de extrañar. Porque el establecimiento de los límites entre lo civil y lo mercantil, cuando se trata de las relaciones obligatorias contractuales, siempre ha sido uno de los temas recurrentes desde que se culminó la codificación civil, en 1889. Situación que, de

una manera u otra se prolongó hasta bien entrado el siglo XX, aunque es bien sabido que en el ambiente flotaba que la diferencia estaba llamada a desaparecer en un momento u otro, como así ha acontecido en algunos países de nuestro entorno, y cultura, más próximo¹⁹.

Precisamente, los desencuentros más notables en el seno de la doctrina iusprivatista, entre la civilística y los mercantilistas, se han producido en torno de la constante polémica acerca de la calificación de lo que sea comercial, cual deba ser el criterio a utilizar (subjetivo u objetivo) para distinguir, dónde radica la necesidad de la diferencia y ante todo en relación a decidir el dato que sirva para tomar partido frente a los denominados «actos mixtos», donde la tensión alcanzada es máxima.

Una discusión, permítase la presuntuosidad, que pareció mermar, a partir del desarrollo del derecho del consumo, y estar en vías de zanjarse a favor de la unidad de la materia y de la norma jurídico obligatoria patrimonial (léase: obligaciones y contratos), en pro de la protección de los intereses de las personas en cuanto tales (todas las personas están en el mercado y las relaciones obligatorias son económicas). Los actos denominados mixtos (en los que una de las partes es un comerciante y la otra quien no lo es o no actúa en tal calidad) que se consideraban como actos civiles. Desparecidas las clases, por mor del principio de igualdad (arts. 9 y 14 CE), lógico era que se eliminaran las diferencias que llevan a consagrar unas normas por razón de la clase, como así ocurre en el área del *common law* y en el entorno más próximo y que se mantuviera la especialidad sólo estrictamente, por razón de la materia (derecho de sociedades, títulos valores, seguros, derecho bancario...). De otra parte, la vía legislativa de normar a través de leyes especiales, desgajadas de los códigos decimonónicos, que se explica por la especialidad de la materia (consumo, sociedades, contratos agrarios, títulos valores, garantías...) y por la necesidad de incorporar normas de diversa índole²⁰ desembocaba, de manera natural e inevitable en zanjar las discusiones y llevaba a la unificación. Pero no ha sido así, sino a contrario, lo que ha llevado a decir que en España la división de lo civil y lo mercantil que es «[...] de carácter académico, legal y, además, tiene trascendencia desde el punto de vista político y constitucional [...]» se utiliza por los mercantilistas «[...] con el afán exclusivo de lograr un crecimiento de su labor académica y profesional, de forma interesada y sin respeto ni a la legalidad vigente ni a los intereses en juego»²¹.

¹⁹ GÓMEZ POMAR señala, con referencia a esto que «La segunda observación se refiere a la fortaleza entre nosotros de la distinción gremial Derecho civil/Derecho mercantil. Ingenuamente por mi parte he pensado desde hace años que, como forma de categorización de materias, se había asumido ya por todos su naturaleza históricamente contingente y sustancialmente convencional» (Editorial «Un nuevo Código», en *InDret*, 3/2013).

²⁰ Generalmente normas administrativas y algunas de índole instrumental.

²¹ M^a Ángeles PARRA LUCÁN, «La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado», en *Europa e diritto privato*, 2014, en prensa.

Dejando a un lado los porqués múltiples que han llevado a la situación actual de máximo desencuentro y los *mea culpa* de unos y otros²², por sorpresa este Proyecto por mor de delimitación de la materia mercantil no sólo lo recrudece sino que lo trastoca con la innovación. Una disputa que renace con fuerza inusitada asentada sobre la salvaguarda de los intereses económicos del mercado, que no de la persona, como debiera ser. De ahí la necesidad de, siquiera con la brevedad que exige este ensayo la crítica y denuncia de lo que se hace.

Recuerda, con palabras desafortunadas, la Exposición de Motivos, que la pretensión es la de que «[...] el Derecho mercantil vuelv/a) (e) a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas» (I-10), porque lo que importa son los que intervienen en el tráfico (los denominados operadores del mercado) y no las personas²³.

Como se ha dicho, y se comprueba con facilidad de la Exposición de motivos los datos o criterios que se emplean para determinar qué sea lo mercantil, y también para considerar que la ley es la mercantil son variados, unos generales y otros particulares, de ahí que haya de hacerse una ordenación de lo general a lo particular.

3.1. *La imposición por ley*

La singularidad del PCM en el tema que nos ocupa, sin precedente ni conexión alguna con cualquier otro ordenamiento, es lo que se puede denominar el invento del criterio legal para señalar lo que sea mercantil. La idea fuerza que se emplea es la siguiente: la simple ubicación de una regla en el Código Mercantil, aunque sea una regla general del derecho de obligaciones y contratos, deviene mercantil; por el simple dado de la inclusión. No hace falta, en consecuencia, acudir a cualquier otro criterio. Así se avanza en la Exposición de Motivos en la que se expresa tanto para los principios de las relaciones obligatorias como de las contractuales.

²² Esclarecedoras las palabras de Pablo SALVADOR CODERCH (en el Editorial «El Código Civil español de 1889 y el derecho privado general», *InDret* 1/2008), «En la fosilización o dispersión del derecho privado general podrían, también, haber influido nuestra propia inercia académica de civilistas de cátedra, unida a una confianza más que limitada en las herramientas propias del derecho civil: en ocasiones, uno tiene la impresión de que buena parte del escalafón al que pertenece es partidario de un consumerismo entre ingenuo y suicida, pues parece profesar fe de carbonero en que el derecho de contratos debe ser derecho administrativo y el de familia, asistencia social. Sin embargo, *InDret* persigue, impenitente, y entre otras tres o cuatro cosas, unificar, analíticamente hablando, el derecho privado general. Hoy por hoy, el legislador español no nos sigue. Pero un día u otro, lo hará. Ustedes lo verán».

²³ Nos dice Jesús ALFARO, (Blog) (*Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil.*) «No sé qué pensarán los historiadores del Derecho de tamaña afirmación, incompatible con la igualdad ante la Ley y la disolución de todas las corporaciones tras la Revolución Francesa. Pero no puede afirmarse con seriedad que los que se dedican a actividades empresariales estén sometidos a un estatuto particular y diferenciado».

«Gracias a esta *regulación sintetizada de las normas y 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. Esas *normas básicas que se incluyen para las obligaciones y contratos mercantiles en general* son fundamentales por cuanto constituyen los criterios básicos que son aplicables a los contratos mercantiles en particular. Ello hace que *aun cuando esas normas coincidan con las establecidas en la legislación civil, ello no es obstáculo para que esas normas al incorporarse al Código mercantil formen parte de la legislación mercantil aplicable a todos los contratos en particular que luego son regulados*» (I-3).

Nótese cómo se confunde la legislación civil con las reglas generales de las obligaciones, las bases de las obligaciones y los intereses específicos de las relaciones obligatorias mercantiles. La extensión de la mercantilidad con el trasfondo comentado en los epígrafes anteriores. ¿Cómo es que las normas civiles se trastoquen en mercantiles por su ubicación? ¡Hasta donde llega la ley!

La trasmutación también, por supuesto, ocurre en relación con las normas de los contratos. Con palabras similares así se expresa cuando explica cómo es la relación que existe con la legislación civil²⁴

«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. *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 que su posible coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil*» (V-3).

Es la preocupación porque se apliquen las normas a todo el territorio nacional. Lo curioso es que, como han destacado quienes se han ocupado de este Proyecto antes, descendiendo a los preceptos concretos en los que se recogen estos supuestos principios básicos mercantiles que se importan de las normas civiles, no se explica la elección concreta de unos y no otros, sobre los que se guarda silencio (y en principio, es de suponer que sí son de aplicación). La afirmación resaltada de la Exposición de Motivos, ha de convenirse en que es una suprema barbaridad: o las normas son civiles o mercantiles, si se quiere mantener la división, pero en todo caso las generales son civiles.

²⁴ Apartado V 2) «Relación con la legislación civil» de la Exposición de Motivos donde explica el «Libro cuarto: de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general».

La cristalización de esta voluntad llega a su máxima expresión en el articulado en el que el primer (y único) precepto del Capítulo 1 (Del carácter de las normas) del Título I (Disposiciones generales), del Libro IV (De las obligaciones y contratos mercantiles en general), el art. 411-1, dispone una regla general única en sede de contratos.

En este precepto, luego de expresar que las normas, en sede de relaciones obligatorias contractuales, son dispositivas, pues lo que prima es la libertad (autonomía) de las partes (privada), excluye este carácter respecto del concepto del contrato y de su mercantilidad.

Artículo 411-1. *Carácter dispositivo de las normas:*

«Las normas que regulan los contratos, *excepto las relativas a su noción y su mercantilidad*, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes».

La intención del legislador es clara: no es la de reiterar que las normas contractuales, como regla, son dispositivas, sino que la mercantilidad, es decir, la opción legal de calificación, lo es, junto a la noción y tipo del contrato. A parte de la crítica que merece el precepto respecto de lo que se comenta, sobre lo que no insistiré, es de notar que no se acaba de comprender a donde se pretende llegar cuando se dice que la noción del contrato es imperativa. ¿Cómo puede ser imperativo un concepto cuando la característica de éste es su flexibilidad? ¿Máxime en el caso de que se aplique al contrato en el momento en que se tipifica?²⁵

Parece que lo que se quiere decir es que la tipicidad del contrato en concreto, es decir, la identificación legal de éste y la regulación que lo acompaña, para que se pueda calificar, es la que dice la ley, porque en eso consiste la tipicidad, y nada más; más allá de ello rige siempre el principio dispositivo propio de la materia contractual. Dicho con otras palabras, que el tipo legal es el que aparece en la norma, pero esta apreciación no excluye ni elimina la autonomía privada y por lo tanto, tampoco, comporta la prohibición de subtipos contractuales (creados en base a la alteración de la noción legal) ni otros nuevos formados a partir de la conmixción de elementos de los anteriores (art. 1255 CC). De otra forma, la norma sería una auténtica revolución en materia contractual ¿Se desconoce la teoría general del contrato?

Cabe pensar que quienes redactaron el PCM, al prever esta imposición legal no querían este efecto pernicioso de eliminar, *de radice*, la autonomía privada del ámbito mercantil. ¿O sí?

²⁵ Sobre estas nociones me remito a lo que ya expliqué hace unos cuantos años en M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Editorial Bosch, Barcelona 1979; también en *Estudios sobre el contrato*, Ed Atelier, Barcelona 2008, en especial capítulos II y III (Primera parte).

3.2. *Las nociones generales*

A partir de aquí, y ya en el examen del articulado propuesto, como se indicó, se advierten unas reglas, llamémosles generales, que están en los primeros preceptos insertados en el Título preliminar junto a las concretas que se contienen en el articulado dedicado a los contratos. Las generales (arts. 001-2 y 001-3) pretenden sentar los criterios, imperativos por lo que hemos apreciado, con el fin de fijar la materia mercantil. Y es que, en verdad, en el viejo Código de comercio no quedaba claro si para la delimitación había de seguirse un criterio subjetivo u objetivo.

Subjetivo: el ser comerciante a tenor del art. 1 CCom, es decir, quienes «teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (1º)» y «Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código (2º)».

Objetivo: quienes realizan actos de comercio, entendiendo como tales, «sean o no comerciantes los que los ejecuten [...], los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga» (art. 2 CCom).

Sea como fuere, queda claro que, a partir de ahora, siguiendo lo que nos alecciona la Exposición de Motivos «La delimitación de la materia se hace tanto del punto de vista subjetivo como objetivo. Partiendo de la doctrina del TC, de la doctrina científica moderna más autorizada, el mercado se concibe 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» (I-10). En el entendimiento, además, de que la mercantil es «[...] la regulación de Derecho privado propia del mercado. No había obstáculo más nocivo para esa unidad que la diversidad de regulación jurídico-privada de la materia mercantil» (I-9)

A lo que se agrega que: «Para calificar a esos ámbitos, subjetivo y objetivo, el concepto de referencia es la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, a partir de la cual se identifica a su titular (el empresario) y a la actividad que desarrolla en el mercado. Mas la titularidad de una empresa, criterio unitario para la calificación del empresario persona natural, no lo es para el empresario persona jurídica, en el que, junto al criterio de la naturaleza del objeto social se recoge el formal de la adopción de algún tipo de sociedad mercantil» (I-14).

Así que dos son los postulados básicos: la unidad de un mercado que es sólo mercantil y la reviviscencia de una «clase de personas» que no contenta con gozar, como en su origen, de un estatuto especial y propio, extiende, por mor de evitar el riesgo de la diversidad, su calificación a todo lo demás como paraguas protector y garantizador de la unidad. Y es que, además, como enseguida se comprobará, ni siquiera la empresa, a la que se alude, es el criterio, pues incluso se expulsa.

El discurso, no es necesario insistir mucho, en la idea resaltada ya por la doctrina, no puede ser más desafortunado, contradictorio e inconstitucional. Doblemente: de una parte porque, como ha quedado expuesto *supra*, no puede confundirse unidad del mercado con la unidad normativa, aquella no es un principio jurídico imperativo dimanado de la Constitución; ésta, la unidad normativa en materia de derecho patrimonial claramente no tiene amparo constitucional, sino que más bien es al contrario. Y si la referencia es a las bases de las obligaciones contractuales, la equivocación es mayúscula, porque a quien corresponde hacerlo es al legislador civil (art. 149 1^a 8 CE), en lo que sea básico.

Estos son los preceptos en los que se emplea el doble criterio anunciado: la clase de personas (ámbito subjetivo) y la actividad, paralelamente, en cierto modo al Código de 1885. Los preceptos propuestos plantean graves problemas. Aquí están:

Artículo 001-2. Ámbito subjetivo

«1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas:

a) Los empresarios. Se consideran empresarios:

1º. Las *personas físicas* que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.

2º. Las *personas jurídicas* que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior.

3º. Las *sociedades mercantiles*, cualquiera que sea su objeto.

b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

c) Las *personas jurídicas* que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

2. Se consideran operadores del mercado las *sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español* que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas».

Como advertía la Exposición de Motivos es un único criterio, y nuevo, el que determina la aplicación de la denominada norma mercantil: el nuevo concepto de «ser operador del mercado». Este ser operador se traduce en el ejercicio profesional de una actividad económica de producción, cambio o prestación de un bien o servicio. Y en el ejercicio de una actividad intelectual, liberal o artística que produzca algo o preste servicios en el mercado. Además, las personas jurídicas que ejerzan esas actividades, sean o no nacionales, y, finalmente, las sociedades, todas.

Es decir, toda actividad que tenga una repercusión en el mercado trae como consecuencia que deba considerarse mercantil y que se incluya a quien la ejerce en la

categoría sin necesidad de que sea empresario. Como señala GARCIA RUBIO²⁶: todo lo que se mueve en el mercado queda sujeto a la norma mercantil. Así pues ¿por qué no, por ejemplo, las relaciones laborales?

Nótese que, conforme a este criterio, todas las sociedades, sea cual sea su objeto, y sea cual sea su actividad, porque aquí no se hacen precisiones, son empresarios y por lo tanto se someten a la norma mercantil. ¿También las sociedades civiles se transmutarán *ex lege* en mercantiles? Se ha de entender que esta norma no puede tener el efecto de cambiar la realidad de las cosas. Y, en relación a las personas jurídicas ¿Todas las demás clases personas jurídicas que están en el mercado son mercantiles? Así las fundaciones, las cooperativas, las asociaciones....

Me limito a copiar las palabras del mercantilista Jesús ALFARO²⁷, cuya valoración comparto: «No creo que nadie pueda justificar, simultáneamente, que el Derecho Mercantil es el Derecho que se aplica a los empresarios y que el mero hecho de adoptar una forma de organización de mi actividad (que puedo realizar para ayudar a los niños de Haití u organizar fiestas camperas) me convierte en «sujeto mercantil».

Artículo 001-3. Ámbito objetivo

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

- a) Los actos y contratos en que *intervenga un operador del mercado* sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo.
- b) *Los actos y contratos que*, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, *el Código califica de mercantiles*.
- c) *Los actos de competencia* en el mercado.

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

Dejando a un lado la calificación mercantil de los actos de competencia en el mercado, que sí es un criterio objetivo, los otros dos supuestos incluidos no lo son. Claramente, los mencionados en la letra a) sobran ya que se identifican a través del criterio del operador del mercado que se regula en el artículo anterior. Y por lo que hace al segundo, no es ni subjetivo ni objetivo: son directamente los que el Código identifica como tal, pues la referencia al objeto o al mercado, que parece ser el dato que determina, no sirve pues lo que prima es la ley. ¿O es que cabe una calificación en contra de lo que diga el Código, por razón del objeto o del mercado? Me temo que no.

²⁶ GARCÍA RUBIO, op. cit., «Una propuesta de Código Mercantil», pp. 11.

²⁷ Blog cit., *Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil*.

Este precepto, en verdad, sobra. Lo que se expresa en él, es un argumento / criterio circular (el pez que se come la cola) si se pone en relación con el artículo anterior. Más desafortunado no puede ser, se echa de menos la ingenua falta de claridad del viejo Código de 1885.

Mención aparte merece la referencia a los actos realizados por los consumidores o en los que una de las partes sea un consumidor. Sin perjuicio de la fundada crítica que merece, por sí, la confusa redacción de este apartado, dice en demasiadas palabras lo que ya nos anunciaba la Exposición de Motivos: que los actos mixtos, donde interviene un consumidor y un operador del mercado, son siempre mercantiles. Así se lee que:

«Desde el punto de vista objetivo, *las relaciones de estos operadores del mercado entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil*. Ciertamente es que, desde el punto de vista subjetivo, por razón de la persona, a los efectos del estatuto mercantil, y objetivo, por razón de la naturaleza de las operaciones, *pueden quedar sometidos a normas específicas, distintas de las del Código mercantil*, tanto los operadores del mercado como las relaciones jurídicas en que se desarrolla su actividad externa, principalmente con consumidores, cuya legislación protectora se aplicará, en lo pertinente, con prioridad a este Código» (I-13).

Aún el reconocimiento de la especialidad de las normas no es obstáculo, tampoco el que queden fuera del Código. Menos mal que se respeta la aplicación de la norma especial. Con todo, la manera en la que se pronuncia no deja de ser contradictoria.

«Importa destacar que se ha tomado como criterio general el de no incorporar a este Código mercantil las normas de protección de los consumidores, que se consideran vigentes y respetando su imperatividad, se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente, y tratándose de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia, *parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil*» (I-34).

Y el broche final: «Considerando que *es mercantil toda relación contractual en la que intervenga uno solo de los operadores del mercado* señalados en el Código, siempre que lo haga en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, se inserta directamente en el ámbito de aplicación de la regla 6^a del apartado primero del artículo 149 de la Carta Magna, que atribuye competencia exclusiva al Estado en su regulación» (VI-32).

¡Acabáramos, la mercantilidad general se justifica por la competencia legislativa!

3.2. *Los tipos contractuales (los artículos concretos del PCM)*

Los redactores del Proyecto, probablemente, consideraron que no bastaba con los criterios anteriores y se vieron en la necesidad de reiterar la mercantilidad de ciertos

contratos porque, en el fondo, presentían las críticas que iban a levantar y querían dejarlo bien armado. En buena técnica jurídica y legislativa, no sería necesario acudir a esta operación asertiva si la tipificación contractual estuviera bien hecha y tuviera sentido. Pero cómo esto no es así, no es suficiente con que el contrato esté regulado en el Código Mercantil y se ha de asentar su mercantilidad de manera expresa. De modo que se ofrece un curioso panorama a quien analiza el texto propuesto. De una parte los criterios generales, de otra que en algunos contratos se vuelve a justificar por qué son mercantiles. Por supuesto, en los casos en los que no se dice ello no implica que los contratos en cuestión no sean mercantiles pues, también lo son por el mero hecho de estar en él, siguiendo la lógica y el principio que inspira el PCM.

También, la Exposición de Motivos nos ilustra acerca de este extremo, en un alarde de deferencia²⁸ al estudioso de la materia. Léanse con detenimiento, sobran las palabras:

«Como es bien sabido, un tema esencial en relación con los contratos consiste en determinar *los criterios que les atribuyen la mercantilidad*. Por eso el texto que se propone pretende dejar lo más claro posible cuales son los elementos que hacen que el contrato deba considerarse mercantil. En algunos supuestos el contrato *tiene siempre carácter mercantil debido a la necesaria participación de una empresa o un operador del mercado* en la relación contractual. Así ocurre en contratos como los contratos financieros, el seguro o el transporte. Para que no exista ninguna duda, en el artículo correspondiente se dispone de manera explícita que el contrato en cuestión es siempre mercantil» (VI-5.).

Es, como se observa, la entrada en juego del criterio legal imperativo que se ha referido antes. No es posible el pacto en contra, lo que, con referencia a algunos contratos, es dudoso, además de sorprendente. Por cierto, se olvida la Exposición de Motivos, que el contrato de transporte ha quedado fuera, porque se hace una remisión a las normas especiales, y tampoco tiene en cuenta que puede existir un contrato civil de transporte.

«En otros muchos supuestos se plantea la necesaria distinción aplicable a un mismo tipo contractual entre el contrato civil y el contrato mercantil. La atribución de la mercantilidad se ha tratado de hacer de la manera más clara posible, de forma que *en el artículo correspondiente se fijen claramente los factores que hacen que el contrato en cuestión sea mercantil*» (VI-6).

Lo dicho, que se duda, y ante la reiteración o superposición de los criterios de mercantilidad nos preguntamos si no hubiera sido mejor eliminar la diferencia. Seguidamente comprobaremos respecto de qué contratos se plantea la cuestión.

«En otras ocasiones la mercantilidad del contrato se vincula a los *criterios establecidos en el texto legal*, en el Título preliminar, para delimitar la materia mercantil sometida al Código» (VI-7).

²⁸ Todos los fragmentos que se copian son del apartado VI de la Exposición de Motivos en la que se explica el contenido del Libro V (de los contratos mercantiles en particular).

Por cierto ¿es que no son suficientes, en otros casos, los criterios sentados en el Título Preliminar? Es la norma de cierre porque si la mercantilidad resulta de la aplicación de las reglas generales, ni se debía mencionar de manera expresa, ni era necesaria explicitación alguna en la Exposición de Motivos. Hagamos un repaso de los preceptos concretos donde sucede esto. Curiosamente no se repite en cada uno de los tipos y subtipos contractuales regulados, con lo que el modo de proceder desconcierta al estudioso

Sigo el orden consecutivo de los preceptos del PCM. Son 22 casos, que sumados a los 2 generales, a la imperatividad y a lo que se dice de los actos mixtos nos da: 25 referencias a la mercantilidad (¡!) Demasiada reiteración para ser una construcción coherente.

1º) Artículo 211-1. *Sociedades mercantiles*

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

- a) La sociedad colectiva.
- b) La sociedad comanditaria simple.
- c) La sociedad limitada.
- d) La sociedad anónima.
- e) La sociedad comanditaria por acciones.
- f) La sociedad cooperativa
- g) La sociedad mutua de seguros.
- h) Las sociedades de garantía recíproca.

2. Son también sociedades mercantiles aquéllas a *las que la ley atribuya carácter mercantil*».

Las sociedades, en el PCM tienen un Libro propio (el II) y no se consideran en el Libro V (De los contratos mercantiles en particular). No obstante, puesto que su constitución es siempre contractual (el contrato de sociedad) el carácter mercantil puede afectar tanto al contrato mediante el que se crea como al resultado (la sociedad). De ahí que convenga detenerse en la calificación que se hace de las mismas.

Además de los criterios generales, y no contento con haberlo expresado ya en el art. 001-2, 1 3º, establece tres específicos:

1.- Son sociedades mercantiles las que produzcan, cambien o presten bienes o servicios «para el mercado». ¿*Quid* del art. 1670 CC? La sociedad civil particular, forma que se utiliza comúnmente para el desarrollo de actividades profesionales o artesanales, actúa en el mercado. ¿Dejará de ser civil a partir de ahora? Me temo que no, y ello con independencia del deseo de equipararla a la mercantil cuando no adopta su forma, es decir, cuando es contrato civil.

2.- Las que adopten alguna de las formas jurídicas de sociedad que enumera. Es el criterio ya acuñado y asumido. La novedad es la relación de los tipos societarios ¿Podría interpretarse que las no enumeradas son civiles? ¿Qué prima, la forma societaria o el tipo de sociedad?

3.- Las que diga la ley. Para acabar con la aplicación del criterio imperativo no era necesario contar con un precepto en concreto.

2º) Artículo 292-2. *Carácter mercantil*. Este artículo se refiere a la *Agrupación de interés económico*.

«La agrupación de interés económico, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil».

Las agrupaciones de interés económico, como en el caso de las sociedades, se consideran aquí dado que su constitución es contractual.

Conviene recordar que el artículo precedente (292-1.1: Concepto de agrupación de interés económico) nos dice que éstas «[...] son asociaciones que tienen como objeto exclusivo el ejercicio de una actividad auxiliar de la que desarrollen los asociados».

El criterio, aquí es el mandato imperativo. Y lo es porque lo dice la ley (ex art. 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, que el proyecto deroga). Sin embargo, bien parece que podría haberse aprovechado la oportunidad para acoger la tipificación de otro más objetivo, si es que quiere mantenerse la distinción (ya que la asociación es siempre civil). Pero, claro ¿cómo justificar que lo auxiliar (accesorio, subordinado?) arrastre lo principal?

3º) Artículo 422-1. *Ámbito de aplicación*. Este artículo define los *Contratos en pública subasta*, es decir, una modalidad o procedimiento de contratar, no un tipo contractual. Sin embargo, repercute en el contrato.

«1. Son contratos mercantiles los celebrados en pública subasta cuando el subastador o el promotor sean operadores del mercado en el ejercicio de su actividad.

2. No se registrarán por lo dispuesto en este título las subastas de valores, ni las subastas judiciales y administrativas, a las que se aplicará su normativa específica».

Es la condición de operador del mercado, conforme al precepto general que determina su mercantilidad (art. 001-2). Nótese que basta con que lo sea el subastador o el promotor, sea cual fuere la otra parte contratante. Se puede estar, por lo tanto, ante un acto entre dos operadores del mercado (B2B) o en uno mixto (B2C) que, como los de consumo, se califican como mercantiles de manera unilateral. En esta tesitura se puede llegar a decir que como el Notario opera en el mercado, las subastas notariales que están previstas para la fase de ejecución de algunas garantías reales, deberán dar

como consecuencia contratos que serán mercantiles, pues no se las excluye, como se hace con las judiciales y las administrativas.

Las preguntas / dudas se plantean respecto de las exclusiones que se prevén. ¿No son contratos mercantiles, entonces, los derivados de la subasta de valores? Me temo que estos lo son. ¿Y los que se hagan como consecuencia de adjudicaciones de subastas judiciales y administrativas? Porque, realmente, la norma sólo dice que se aplicará su normativa específica, no que no sean mercantiles (lo que repercutirá, en su caso, en la aplicación de cual sea el derecho supletorio).

Nótese el subterfugio del título/ denominación que se utiliza: no se habla directamente de contrato sino de ámbito de aplicación.

4º) Título V. *La cesión de créditos mercantiles*

Art. 450-1. *Cesiones a las que son aplicables estas normas.*

«1. Las normas de este Título se aplicarán a las *cesiones de créditos mercantiles realizadas a título oneroso*»

«2. Las transmisiones de créditos mercantiles sometidas a un régimen especial quedan fuera de las normas de este Título, que se aplicarán, en su caso, con carácter subsidiario».

La cesión de crédito es mercantil cuando el crédito que se ceda, a su vez, lo sea y aquélla se haga a título oneroso. En cambio, las cesiones gratuitas no lo son y, en cuanto a las regidas por normas propias se estará a lo que se prevea en ellas. El afán de expansión de la materia lleva a este resultado. Por cierto ¿Cuándo es mercantil un crédito? ¿No sería mejor una regulación uniforme de la cesión?

5º) *La mercantilidad de la compraventa*

La compraventa es el negocio de finalidad traslativa de referencia, pues es el modelo en el que se miran los demás tipos contractuales que persiguen análoga finalidad. De ahí la particular atención que le dispensa el PCM. Fundamentalmente, dos son los principios: uno, que dado el carácter central o básico de la compraventa en el intercambio de bienes y servicios debe expandirse su concepto, dos, que nada impide considerar mercantil la compraventa de inmuebles²⁹.

²⁹ «Se parte en el Título I de los contratos que tienen por objeto el intercambio de bienes, siendo la compraventa mercantil el contrato, sin duda, más importante de esa categoría, debiendo destacarse la innovación que consiste en incluir dentro de la compraventa mercantil, la compraventa de inmuebles» (Exposición de Motivos, VI-11).

El artículo 511-1. *Mercantilidad* es el general en el que se determina cuando es mercantil la compraventa. Como indica la Exposición de Motivos, «el criterio de atribución de carácter mercantil a la compraventa ha sido modificado. De forma coherente con el adoptado en el Código con carácter general se ha optado por un sistema subjetivo que acoge la doctrina de los actos mixtos (VI-28)». De manera que:

«Es mercantil la compraventa realizada en el ejercicio de alguna de las actividades expresadas en el artículo 001-2 de este Código, siempre que, además, estén sujetos al propio Código el comprador o el vendedor.»

«Si la compraventa tiene naturaleza mercantil en razón de una de las partes contratantes, ambas quedarán sometidas por igual a las disposiciones de este Código, sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre protección del consumidor.»

Se prescinde, por completo del viejo criterio, y junto a la actividad se añade uno nuevo: que el comprador o vendedor estén sujetos al Código Mercantil; pero, verdaderamente, es éste el que predomina (el subjetivo) que sustituye por completo anterior del Código de 1885. Un criterio y tipificación unilateral que se impone a la hora de calificar el contrato, que se quiere así de manera consciente.

«Se prescinde de cualquier otro criterio. En particular del relacionado con la ausencia de intervención de un consumidor y con el atinente al carácter mueble o inmueble del bien objeto del contrato (IV-29)» ya que, a su parecer, la «intervención de un consumidor no priva a la compraventa de su carácter mercantil. Naturalmente propicia la aplicación de las normas sectoriales sobre protección de consumidores, pero las lagunas se integran con la disciplina contenida en el Código Mercantil en razón de la naturaleza del contrato. Con esta medida se aclara la índole de las normas en el contexto constitucional (VI-30)».

¿Quiere decir que, a partir de ahora cualquier compraventa es mercantil? Una declaración unilateral de esta índole no evitará que la compraventa no sea mercantil en los casos de los actos mixtos, ni tampoco la regulación de la compraventa que, en el ejercicio de las competencias civiles, pueda hacerse de parte de las Comunidades Autónomas.

¿Era necesaria la reiteración cuando se contaba con dos preceptos generales a los que, a la postre, se remite? La finalidad buscada es la de reiterar la mercantilidad del contrato de compraventa, como el modelo de contrato de intercambio, de donde la expansión que se hace, en el PCM. Como muestra lo siguiente,

6º) *La mercantilidad de la compraventa de inmuebles*

Artículo 511-24. *Régimen jurídico.* (Compraventa de inmuebles)

«La compraventa mercantil de bienes inmuebles se regirá por las disposiciones de las secciones 1ª y 2ª de este Título, siempre que sean compatibles con la naturaleza propia

de estos bienes, y por las normas de esta sección, sin perjuicio de la legislación especial que resulte de aplicación».

Se presupone que la compraventa de inmuebles es mercantil cuando concurren los requisitos del artículo 511-1 comentado, porque, en palabras de la Exposición de Motivos, «[...] no hay razones de fondo que justifiquen la exclusión del tráfico de inmuebles del ámbito mercantil [...]» y porque la unidad del mercado exige soluciones unívocas» (VI-33).

Con todo, si se analizan los preceptos dedicados a esta compraventa, se observa que poco difieren de los civiles y que no se regula por completo, pues sólo se dedican tres preceptos. Es más, éstos no son exclusivos de la compraventa mercantil. ¿Hacía falta una tal declaración en relación con el objeto o se trataba, simplemente, de llevarlo a la mercantilidad?

7º) Artículo 513-1. *Noción*. Se refiere al *Contrato de suministro*.

«Por el contrato de suministro, el suministrador se obligará a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar el precio.

«El contrato de suministro *tiene siempre carácter mercantil*».

De nuevo aparece el criterio legal imperativo. Siempre es mercantil, sean quienes sean los sujetos, es decir actúen como profesionales o no. Amén de la formulación del concepto de este contrato, que puede ser lo mismo una cosa material, una energía... etc.

8º) Artículo 514-1. *Mercantilidad*. Se define al *Contrato de permuta*.

«Es mercantil el contrato de permuta cuando cualquiera de las partes, en el ejercicio de su propia actividad económica, se obliga a entregar un bien para recibir otro, presente o futuro».

Ejercicio de actividad económica, sea o no profesional. ¿Qué es la actividad económica? Parece que debería ser la que se describe en el artículo 001-2. También aquí el criterio es unilateral, es suficiente con que una de las partes ejercite una actividad económica para la formar la categoría. Se tiene necesidad de resaltar la mercantilidad incluso en el título.

Llama la atención la referencia al bien futuro, si se tiene en mente qué es la permuta y todo el problema jurídico que se ha planteado en torno a esta situación, en particular por lo que se refiere a las permutas (denominadas atípicas por alguna jurisprudencia del TS) de solar a cambio de construcción u obra futura, a las que implícitamente parece referirse.

9º) *Los contratos de obra mercantiles*

En los contratos en particular quizá la expansión / novedad más provocadora es la que afecta a los contratos de obra y de servicios³⁰, que se explica, por supuesto, porque, como se vio, los profesionales, artesanos, intelectuales...etc., se incluyen entre los operadores del mercado, aunque no tengan la condición de empresarios. De ahí que, la consecuencia inmediata sea que la mayor parte de los contratos realizados por estas personas, de manera automática sean considerados mercantiles, por supuesto con independencia de si, en su caso, pertenecen a la categoría de los actos mixtos (mercantiles, siempre). Algo completamente discutible, fuera de lugar que, a mayor abundamiento, en algunos casos, puede entrar en contradicción con la normativa laboral y las normas de la propiedad intelectual que, de manera asombrosa, queda fuera de este Código (¡menos mal!)³¹

Artículo 521-1. *Noción*. (Contrato de obra por empresa).

«1. Por el contrato mercantil de obra por empresa el contratista, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se obliga frente al comitente a ejecutar una obra determinada a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos.

«2. Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes».

Nótese que la calificación cómo mercantil, derivada del criterio personal (art. 001-2)³² lo incluye directamente en la categoría, sin que, prácticamente, quede margen para el contrato de obra civil o el desarrollado en el ámbito de una relación laboral.

Esto es lo que nos explica en Preámbulo: «Por lo que se refiere a la mercantilidad del contrato, mediante la previsión expresa de que el contratista «deberá ser un

³⁰ Sobre la distinción y justificación, Vid DE ELIZALDE; Francisco, «Las obligaciones de medios y resultados en la propuesta de Código Mercantil», *InDret* 3/2014.

³¹ En este sentido, aunque en líneas generales no es todo lo crítico que sería de esperar, las conclusiones del CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), «Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», en *Cauces*, 27, 2014 (pp. 106 a 109).

«[...] en aras de una mayor claridad, coherencia y seguridad jurídica, el CES considera que, en algunas materias, el Anteproyecto debería hacer remisión expresa a la legislación laboral (...). Sin ánimo de exhaustividad, valga señalar al respecto la necesidad de aludir a la normativa laboral en la regulación del contrato de obra por empresa o de los contratos de prestación de servicios mercantiles» (pp. 108).

«[...] en opinión del CES, resulta insuficiente la aportación del futuro Código Mercantil a la mejora del marco normativo en lo relativo a la calificación jurídica de las relaciones de servicios profesionales protagonizadas por los socios y por los administradores y consejeros, por lo que este Consejo considera que una mayor precisión legal contribuiría a garantizar la seguridad jurídica» (pp. 109).

³² Art. 001-2. «1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas: (...) b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado».

empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código» se pretende incorporar en la propia definición del contrato de obra por empresa un criterio específico de su caracterización como contrato mercantil, como es el relativo a que el contratista asuma el encargo en su condición de empresario (VI-62)». «De este modo, mediante la definición propuesta del contrato de obra por empresa se pretende, por tanto, vincular la mercantilidad del contrato a la condición de empresario o de sujeto mercantil del contratista (VI-64)». Un nuevo concepto: sujeto mercantil. Sobran los comentarios³³

10^o) *Los contratos de prestación de servicios*

Análogas reflexiones deben formularse en relación a los contratos de prestación de servicios. En realidad, antes de consagrar la distinción entre los contratos de obra y servicios, como diferenciados, deberían haberse perfilado más las tipologías contractuales, lo que no se ha hecho. El criterio que se aplica aquí es el mismo que el del contrato de obra.

Artículo 531-1. *Noción*. (Contrato de prestación de servicios, al que se agrega, en su denominación, «en general»)

«1. Por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado.

2. Los medios serán aportados por el prestador del servicio».

Es exactamente lo mismo que en el caso anterior. No queda, parece, tampoco, demasiado margen para los servicios llamémosles civiles. ¿Debe entenderse que si los medios los aporta el ordenante se está ante un contrato de obra, o más bien una relación laboral? Curiosa, de otra parte, la nueva denominación, quien contrata el servicio: «ordenante» (?).

¿No sería mejor que la refacción, que ha de hacerse, de estos contratos, tanto los de obra como los de servicios, partiera de la unificación, es decir de la indistinción entre lo civil y lo mercantil?

11^o) Artículo 532-1. *Régimen jurídico*. (Contratos para las comunicaciones electrónicas)

«1. Los contratos de este Capítulo son siempre mercantiles».

³³ Vid La propuesta de CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales, e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo IV, *Contrato de prestación de servicios y realización de obras*. Aranzadi, Cizur 2014.

Parece que quiere dejarse a salvo, para el ámbito mercantil, los contratos que se relacionan con las comunicaciones electrónicas. De ahí que, el recurso a la calificación sea directamente imperativo, son siempre mercantiles. Y esta impresión, en efecto, la corrobora la manida Exposición de Motivos: «Especial mención merece *la inclusión dentro de la categoría del contrato de prestación de servicios mercantiles de los contratos para las comunicaciones electrónicas*, en los que los servicios objeto del contrato no consisten en una actuación personal de quien presta los servicios, sino que se trata de servicios que se proporcionan por medios tecnológicos adecuados y no de servicios personales (VI-14)». ¿No hay servicios personales? Y ¿la puesta a disposición, la diligencia comprometida?

12º)- Artículo 532-2. *Noción. (Contrato de servicio de comunicación electrónica)*

«1. Por el *contrato mercantil de servicio de comunicación electrónica* el prestador, a cambio de una remuneración, se obliga frente al cliente a suministrarle el acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas para la transmisión de datos o información».

Imperativamente mercantil, ya lo ha expresado antes, por aplicación de la regla general, parece que tiene necesidad de remacharlo. Por cierto ¿están todos los contratos de este sector?

13º)- Artículo 533-14. *Noción. (Contrato de reclamo mercantil, Merchandising)*

«1. Por el *contrato de reclamo mercantil*, el titular de un bien inmaterial protegido por un derecho de exclusiva y susceptible de resultar atractivo para el público, cede su uso a un empresario como medio de atraer clientela hacia los bienes o servicios que ofrece en el mercado, a cambio de una contraprestación.

2. Podrán ser objeto de un contrato de reclamo mercantil, entre otros bienes inmateriales, el nombre o la imagen de una persona física, las marcas, y las creaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual».

La técnica de que la mercantilidad se sigue de la propia calificación que hace el legislador, que además tiene carácter imperativo. De nuevo, incluido en la denominación noción.

Alude la Exposición de Motivos, a que «Entre los contratos de prestación de servicios mercantiles se incluyen los *contratos publicitarios*, que tienen gran importancia económica dentro del mercado pero, además, concurren otros factores que apoyan su inclusión en esta parte del Código (VI-15)». Y, en efecto, aparecen recogidos los que están en la Ley General de Publicidad, recientemente modificada (28 de marzo de 2014), cuyo título III se derogará en caso de aprobación del PCM (disposición derogatoria única).

De manera sorprendente, salvo este contrato de reclamo, no se califica al grueso de estos contratos (de publicidad, art 533-1; de difusión publicitaria, art. 535-5; de creación publicitaria, art. 535-8; de patrocinio publicitario, art. 533-11 y de permuta publicitaria, art. 533-16) como mercantiles, aunque se les dedica el capítulo 3 del título III (de los contratos de servicios mercantiles y de cesión de bienes inmateriales). Sin embargo, en el mantenimiento de la dualidad civil / mercantil, es realmente dudoso que alguno de los contratos publicitarios deba considerarse mercantil; así, por ejemplo, el de creación publicitaria. Al que quizá, también, le alcanzaría una posible calificación laboral...

14º)- Artículo 534-1. *Noción. (Contrato de admisión a subasta pública)*

«Por el *contrato mercantil de admisión a subasta pública*, el subastador, que habrá de ser operador del mercado en el ejercicio de esta actividad, se obliga a prestar los servicios necesarios para la celebración por cuenta del promotor y mediante una retribución a cargo de éste, de una subasta a fin de concluir, entre el promotor y un tercero, un contrato sobre el bien o el servicio objeto de subasta».

Calificación directa como mercantil; a lo que se agrega el doble requisito subjetivo de que el subastador sea operador en el mercado y objetivo, de que esté en ejercicio de la actividad (art. 002-2). Si no lo es o no está en el ejercicio de la actividad ¿*quid?*

15º)- Artículo 541-1. *Noción y mercantilidad. (Comisión)*

«1. La comisión es el mandato para realizar actividades a las que se refiere el artículo 001-2 de este Código, conferido por una persona, denominada comitente, a otra, denominada comisionista, que se dedica profesionalmente a hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido.
«2. El contrato de comisión tiene *carácter mercantil*».

¿Qué tiene de malo el contrato de mandato? ¿Es necesario, realmente, este subtipo contractual? Quizá sea este recelo el que lleve a reforzar, hasta caer en lo esperpéntico, la mercantilidad de la comisión. Porque, me pregunto, si siempre es mercantil el contrato, de manera imperativa, a qué viene que se acuda, además al art- 001-2?

16º)- Artículo 542 -1. *Noción y mercantilidad. (Contrato de agencia)*

«1. Por el contrato de agencia una persona denominada agente, se obliga, de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a *promover, por cuenta de otra, alguna de las actividades enumeradas en el artículo 001-2 de este Código, o a promoverlas y concluir las por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario profesional independiente*, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.
«2. El contrato de agencia *tiene carácter mercantil*».

Huelgan comentarios, la crítica es la misma que se acaba de formular. Es tanta la necesidad de reafirmación, que cómo en aquél, se ha de resaltar la mercantilidad incluso en el título.

17º)- Artículo 545-1. *Noción. (Contrato de participación)*

«1. Por el contrato de participación una persona, llamada partícipe, se obliga a entregar dinero, bienes o derechos patrimoniales *a un operador del mercado, llamado gestor, para destinarlos a una determinada actividad económica en condiciones convenidas.*

2. Por el contrato de participación no se crea un patrimonio común ni una personalidad distinta de las que son partes del mismo.

3. La conclusión de un contrato de participación *no confiere ni exige del partícipe la condición de empresario u operador del mercado.*

4. *El contrato de participación tendrá naturaleza mercantil».*

El carácter de operador del mercado, al que se denomina gestor, es el que, en inicio, determina la calificación; ya que no se requiere que el partícipe tenga dicha cualidad. Pero lo contrario no conduce a un posible contrato civil, porque, sea cual sea la condición del partícipe, el acto mixto es mercantil, y también, siempre, lo es este contrato por imperativo legal.

18º)- *Contrato de Depósito*

«Partiendo de una definición común del contrato de depósito *se delimita su carácter mercantil de acuerdo con las normas generales, pero especificando aquellos supuestos en los que, interviniendo algunos operadores de mercado, no resulta apropiado gravarles con deberes que solo pueden cumplir quienes disponen de una organización empresarial (VI-81)».*

Artículo 551-2. *Mercantilidad. (Contrato de depósito)*

«Será mercantil el depósito en los casos siguientes:

a) Cuando el *depositario sea un empresario* que se dedique habitualmente a recibir depósitos de terceros.

b) Cuando *el depositante y el depositario sean operadores del mercado* conforme al artículo 001-2 y actúen en el ejercicio de alguna de las actividades mencionadas en ese artículo».

Tanto el unilateral como el bilateral, pero para este resultado sobraba la referencia y distinción entre a) y b). También, aquí, parece existir la necesidad de resaltar la mercantilidad incluso en el título.

19º) Artículo 573-1. *Noción. (Contrato de préstamo)*

«Por el *contrato mercantil de préstamo* el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma monetaria, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés».

Se tipifica directamente como mercantil todo préstamo sin atender, como hemos visto que hace en otros contratos, a ningún criterio. ¿Implica esto que solamente del hecho de decir que es mercantil ya actúa esta calificación como imperativa? Mucho me temo que, aunque haya sido esa la idea subyacente, no es así. De otra parte, nótese que, de la redacción del precepto (que es un dechado) se sigue que se ha convertido al contrato en consensual: ¿es, entonces el contrato de crédito? No parece que sea así, ya que se regula separadamente el contrato de apertura de crédito (art. 574-1³⁴).

20º) Artículo 573-12. *Régimen jurídico. (Contrato de préstamo de bienes fungibles)*

«El *préstamo mercantil de bienes fungibles distintos del dinero*, en todo lo no previsto en esta Sección y en tanto sea compatible con su naturaleza, se regirá por las normas previstas para el préstamo de dinero».

El préstamo de bienes fungibles se califica directamente de mercantil sin expresión, tampoco del criterio. ¿Deriva de la misma adjetivación?

21º) Artículo 578-1. *Mercantilidad. (Contrato de fianza)*

«Será *mercantil la fianza prestada por un empresario en el ejercicio de su actividad profesional y la constituida para asegurar el cumplimiento de una obligación de naturaleza mercantil*».

Destaca una importante modificación del criterio usado hasta el momento. No se alude a los operadores del mercado, ni tampoco a las actividades económicas, que son las que se describen en el artículo 001-2, y se sustituye por «actividad profesional» y «obligación mercantil». ¿Dos nuevos datos? ¿De dónde se extrae el criterio de la mercantilidad de una obligación?

A estas alturas, bien parece que el PCM se ha redactado por varias manos, lo que es lógico y bueno. Pero esto no debería ser obstáculo para que el texto resultante como mínimo guarde la armonización y sistematización que se espera de un Código, tanto en los contenidos como en el lenguaje y la terminología empleados.

³⁴ Artículo 574-1. *Noción y régimen jurídico.*

1. Por el contrato de apertura de crédito una de las partes, acreditante, se obliga, dentro de los límites de cantidad y tiempo pactados, a poner a disposición de la otra parte, acreditado, una suma o sumas monetarias, o a efectuar las prestaciones previstas en el contrato que le permitan obtenerlo, a cambio de una retribución.

2. El contrato de apertura de crédito se regirá, en todo lo previsto en este Capítulo, por las normas relativas al contrato de préstamo, en tanto le sean aplicables.

22º) Contrato de cuenta corriente

Artículo 579-1. *Noción. (Contrato de cuenta corriente)*

«Por el *contrato de cuenta corriente mercantil* las partes se obligan a anotar en la cuenta los créditos y entregas derivados de las relaciones negociales mutuas que se hayan incluido, siendo exigible únicamente el saldo que por compensación presente aquélla, a favor de uno y otro de los contratantes, en el momento de su cierre».

Artículo 579-2. *Mercantilidad.*

«Para que el contrato tenga carácter mercantil *bastará con que uno de los contratantes sea operador de mercado*».

Se nomina directamente como contrato mercantil, carácter que se aclara en el siguiente precepto, simplemente con la referencia a «ser operador en el mercado» (art. 001-2); para esto no hacía falta explicitarlo. De nuevo la imposición del carácter mercantil de los actos mixtos.

Epílogo. Poco más cabe añadir: ¿Era necesario este amplio despliegue para delimitar la materia mercantil frente a la civil? Claramente no. Lo mejor que podría hacerse, en pro de un derecho privado patrimonial sólido y coherente es retirar este Libro V (De los contratos mercantiles en particular) del CPM, así como el IV (De las obligaciones y contratos en general) y el VI (De la prescripción y caducidad). Olvidemos, mejor, apartemos para siempre la distinción, en materia de obligaciones y contratos entre lo civil y lo mercantil, diferencia que, a día de hoy, además de no estar justificada no lleva a buen puerto.

BIBLIOGRAFÍA:

ACTUALIZA (Grupo de investigación para la Reforma y Actualización del Derecho privado en España). «Alegaciones a la Propuesta de Código Mercantil hechas por el grupo ACTUALIZA», en la sección Vida jurídica, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, fasc I, pp. 219 a 225.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús (Blog), «Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil» (<http://derechomercantiles.es/2014/06/elanteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>) [Consulta 3 de octubre de 2014]).

BADOSA COLL, Ferran, *Memoria de Derecho Civil*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales, e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo IV, *Contrato de prestación de servicios y realización de obras*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), «Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», en *Cauces*, 27, 2014, pp. 106 a 109.

DE ELIZALDE, Francisco, «Las obligaciones de medios y resultados en la propuesta de Código Mercantil», *InDret*, 3/2014 (http://www.indret.com/pdf/1070_es.pdf [Consulta 3 de octubre de 2014]).

FUERTES LÓPEZ, F. Javier, *Unidad de mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado* (http://www.elderecho.com/administrativo/unidad_de_mercado-actividad_administrativa-garantia_de_unidad_de_mercado_11_627430002.html [Consulta 3 de octubre de 2014]). El artículo también se ha publicado en la *Revista Derecho Local*, el 1 de diciembre de 2013.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado», en *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, núm. 1, Diciembre 2013.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», en *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 1, 2014, pp. 7-27 (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/46>) [consulta 3 octubre 2014]).

GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Editorial Bosch, Barcelona, 1979.

GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen, *Estudios sobre el contrato*, Ed Atelier, Barcelona, 2008.

GÓMEZ POMAR, Fernando, Editorial: «Un nuevo Código» en *InDret* 3/2013 (http://www.indret.com/pdf/editorial_cast_2.pdf [consulta 3 de octubre 2014]).

MUÑOZ MACHADO, Santiago «Sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado 30/04/2014». Prólogo a la obra *Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, dirigida por María José Alonso (<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1503144> [consulta 3 de octubre 2014]).

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco de, «El anteproyecto de código mercantil en el contexto del proceso Internacional de unificación del derecho privado de los contratos» en *Revista de Derecho civil*, vol I, núm 3, 2014. (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/77> [consulta 3 octubre 2014]).

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado», en *Europa e Diritto privato*, 2014, en prensa.

PORFIRIO CARPIO, Leopoldo, «El Código Mercantil que viene», en *Noticias* (10 de octubre de 2013), Grupo Conesa (<http://www.grupoconsea.com/noticia/73/el-c-digo-mercantil-que-viene-por-el-profesor-d-leopoldo-porfirio-carpio-catedr-tico-de-derecho-mercantil-de-la-universidad-de-sevilla.html>) [consulta 3 octubre 2014]).

SALVADOR CODERCH, Pablo, Editorial: «El Código Civil español de 1889 y el derecho privado general», *InDret*, 1/2008 (http://www.indret.com/pdf/editorial_es_1.pdf) [consulta 3 octubre 2014]).

Fecha de recepción: 26.10.2014

Fecha de aceptación: 03.11.2014