

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXIX

■ Núm. 2181

■ Septiembre de 2015

ESTUDIO DOCTRINAL



**Unidad del mercado y doctrina iusprivatista
(A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil)**

José Antonio García-Cruces



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767
NIPO: 051-15-001-5
www.mjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la Propiedad y
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y
Legislación*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excma. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

Unidad del mercado y doctrina iusprivatista (A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

Resumen

La propuesta de un Anteproyecto de Código Mercantil ha generado un intenso debate, de manera que no siempre ha sido bien recibida –y, quizás, incluso comprendida– por algunos sectores.

El texto elaborado por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación responde a una necesidad evidente del mercado español, a la par que encierra una revisión y modernización del Derecho de obligaciones y contratos aplicable al tráfico mercantil. Las exigencias derivadas de la estructura territorial que sanciona la Constitución no encierran detrimento alguno de la unidad de un mercado que es único y que reclama un Derecho privado aplicable también único.

Este trabajo se inserta en el debate que tal Propuesta ha suscitado, poniendo de relieve las exigencias a que responde y ofreciendo una valoración distinta a la que han manifestado –fundamentalmente– algunos civilistas. Con independencia de las normas concretas que allí se recogen, así como de su posible revisión, se centra la atención en el sentido y finalidad a que responde tal propuesta legislativa.

Abstract

The proposal of the Commercial Code Draft has resulted in an intense debate. This proposal has not been welcome by every one and we even dare to say that in some cases it has been misunderstood.

The proposal by Sección Segunda de la Comisión General de Codificación is the answer to a clear need of the Spanish market and at the same time

results in a revision and modernization of the obligations and contract Law applicable to commercial traffic. The requirements arising from the territorial structure sanctioned by the Constitution are not detrimental to the existence and recognition of a unified and single market that as such must be regulated under unified Private Law provisions.

This work is part of the debate that the proposal has generated. It highlights the demands the proposal had to confront and offers a valuation of its scope that differs from that provided –mainly– by certain Civil Law scholars. Regardless of the specific rules set by the proposal, subject to a likely revision, this paper focuses on its underlying meaning and purposes.

Palabras clave

Propuesta de Anteproyecto de Código Mercantil. Derecho Privado. Unidad del mercado. Actividad empresarial. Contratos.

Key words

Commercial Code Draft. Private Law. Single Market. Business Activity. Contracts.

Sumario

- I. Preliminar.
- II. Actividad empresarial, norma jurídico-privada aplicable y consecuencias económicas (a propósito de algunas sentencias).
- III. Norma civil, norma mercantil y su delimitación constitucional.
- IV. Unidad de mercado y Derecho Privado.
- V. Competencia (exclusiva) estatal y unidad del Derecho privado del mercado.
- VI. La denuncia de la inconstitucionalidad del APCM.
- VII. Realidad del mercado (español) y unificación del Derecho de obligaciones y contratos.
- VIII. Consideraciones finales.
- IX. Referencia bibliográfica.

I. PRELIMINAR

La aprobación del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante, APCM), en virtud de acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014 supuso el reconocimiento de la acertada labor desarrollada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, a la par que constituye un notabilísimo impulso para la modernización de nuestro Derecho Mercantil y la ocasión para perfeccionar sus contenidos. Este texto responde al propósito de ofrecer *un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional*¹, pues *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*². A fin de alcanzar tal resultado, se opta por un nuevo criterio de delimitación de lo mercantil que, en razón de su anclaje constitucional, se hace recaer en el mercado, viniendo esta rama del Derecho a entenderse como *la regulación de Derecho privado propia del mercado*³. El contenido de ese *Derecho privado del mercado* se concreta por referencia tanto a los protagonistas del mercado –los denominados *operadores del mercado*⁴– como a la actuación que llevan a cabo; esto es, los actos y contratos que éstos desarrollan en su actividad profesional así como aquellos otros que el APCM califica como mercantiles y los *actos de competencia en el mercado*⁵.

Pero, de igual manera, la aprobación del APCM ha dado lugar a una enconada, aunque limitada subjetivamente, crítica por parte de nuestra doctrina civil. Por ello, me ha parecido oportuno, tras conocer el debate abierto, participar en éste valorando la finalidad perseguida –realmente– por el texto proyectado y, a la vez, ponderar el esfuerzo de sus críticos, a fin de poder obtener algunas conclusiones. No pretendo, en absoluto, agotar el debate, ni tampoco contestar o compartir todos los argumentos que en uno u otro sentido se han hecho valer. Me limitaré a considerar aquellos que creo que son los aspectos esenciales en esta polémica,

¹ Exposición de Motivos APCM, Apartado I-7.

² Exposición de Motivos APCM, Apartado I-6.

³ Exposición de Motivos APCM, Apartado I-9.

⁴ *Vid.* art. 001-2 APCM.

⁵ *Vid.* art. 001-3 APCM.

atendiendo a los imperativos que dispone nuestra Constitución al igual que en razón de las exigencias reales –aquí y ahora– de nuestro mercado.

Ahora bien, con carácter previo resulta necesario realizar dos advertencias a fin de concretar el alcance que puedan tener las páginas que siguen. En primer lugar, no es mi intención, desde luego, analizar detalladamente el contenido, complejo y extenso, del APCM sino, antes bien, centraré la atención en los fines generales de política jurídica que allí se plasman. De otra parte, también resulta imprescindible una segunda acotación, aunque ahora referida al modo y tono de mi exposición. El texto proyectado ha recibido importantes críticas, y éstas tendrán que ser convenientemente valoradas, pero también en algunas de ellas pueden haberse desbordado los límites que ha de imponer una básica medida. En efecto, el repaso de algunos de estos trabajos críticos, aparecidos en distintas publicaciones, permite constatar cómo, en ocasiones, se preñan de expresiones que me atrevería a calificar de altisonantes e, incluso, inapropiadas. En este sentido, no se duda en describir el contenido del APCM como una suma de *ocurrencias, contradicciones, licencias técnicas*, entendiéndose que, en relación con los fines perseguidos, quiere aparecer como una *milagrosa respuesta (la pócima mágica)*, cuando no se trata más que de *normas genuinamente de la clase mercatoria*, razones todas ellas que llevan a concluir que este esfuerzo prelegislativo es *una insensatez sin parangón alguno en el ámbito comparado y, sobre todo, es inconstitucional o, si se prefiere, una suprema barbaridad*. Desde luego, en estas líneas, el tono será otro muy distinto.

En todo caso, y a fin de ordenar la tarea a desarrollar, parece razonable que ésta se estructure atendiendo a las principales críticas que ha recibido el APCM y que se han publicitado no solo por distintos autores sino, también, por ciertos grupos de investigación existentes en la Universidad española⁶. Se trata, por tanto, de atender a las críticas que el APCM ha

⁶ Así el documento de 11 de noviembre de 2013, elaborado por el Grupo Actualiza (Grupo para la reforma y actualización del Derecho Privado en España), constituido por profesores de Derecho Civil de diferentes Universidades españolas. Este texto está publicado en ADC, 67, 1, 2014, pp. 219 a 225. También cabe reseñar el documento “Observaciones a la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación”, realizado por el Grupo de investigación “Observatorio de políticas públicas y mujeres emprendedoras”. Este último documento centra todos sus esfuerzos en trasladar ciertas exigencias derivadas de la denominada “política de género” en el contexto del APCM, así como en su redacción. Respecto de este último extremo, me parece que no es desacertado seguir el criterio expresado por la RAE y mantener el género neutro, consiguiéndose tal resultado sin necesidad de multiplicar el número de términos empleados y evitando ciertos resultados no queridos (*ad ex.* en relación con la confección de la lista de asistentes a la junta

recibido para así poder constatar su solidez y, a la vez, valorar los fines de política jurídica que quieren realizarse con tal esfuerzo prelegislativo. Ahora bien, a fin de no entrar en lo que podríamos denominar como un *bucle dogmático*, haciendo girar toda la discusión posible en torno a los grandes conceptos –o prejuicios– que puedan defenderse, pero en todo caso alejándonos de la realidad del tráfico, no estará de más que descendamos algunos peldaños y veamos lo que sucede. Y para ello, no hay nada mejor que acudir a nuestra Jurisprudencia.

II. ACTIVIDAD EMPRESARIAL, NORMA JURÍDICO-PRIVADA APLICABLE Y CONSECUENCIAS ECONÓMICAS (A PROPÓSITO DE ALGUNAS SENTENCIAS)

En este sentido, no puede desconocerse que la finalidad principal perseguida por el APCM, luego veremos con que alcance y significado, es la de ofrecer un régimen jurídico-privado único para un mercado que, también, es único. No cabe olvidar cual pueda ser la realidad y los resultados que, en un Estado con la estructura territorial como el que tenemos y sus consecuencias en lo que hace a las reglas de atribución competencial, pueden derivar a la hora de determinar la norma de Derecho privado que devenga aplicable a una relación jurídica que es consecuencia del desarrollo de una actividad empresarial. La complejidad de la estructura de decisión y de la distribución de competencias, también en materia de Derecho privado, suscita no pocas cuestiones pero, de igual manera, un problema de determinación de las normas aplicables.

Ahora bien, esa pluralidad normativa pudiera tener, a su vez, una consecuencia más, pues la aplicación de unas y otras podría llegar a generar la compartimentación de un mercado que es único. Desde luego, el ámbito de aplicación de las normas autonómicas de carácter jurídico-privado queda cercenado por un criterio territorial⁷. Pero, precisamente por ello, el riesgo presente es el de creación, a través de esas normas autonómicas, de compartimentos estancos, sujetos cada uno a una diferente regulación, que contradicen la unidad del mercado.

general, no parece razonable sustituir la expresión empleada en el art. 231-71 APCM – *lista de asistentes* – por la de *lista de asistentes y asistentes*).

⁷ Sin perjuicio de que sus efectos puedan ir más allá, como así sucedería respecto de ciertas cuestiones (*ad ex.* en materia de capacidad) cuando se tratara de relaciones jurídico-privadas en las que participaran personas sujetas a distintas reglas en la materia.

La realidad de esos riesgos a veces se pone en entredicho. A fin de contestar a quienes vienen a negar esa posible compartimentación, me parece que lo más oportuno es atender a la realidad y, como antes indicara, considerar algunos problemas de los que se ha tenido que ocupar nuestra jurisprudencia.

El ejemplo sería el del mercado de seguros y de la jurisprudencia recaída sobre el ejercicio de la acción frente al asegurador. En este ámbito, se han dictado distintas sentencias, algunas de las cuáles se consideran a continuación.

En la primera de ellas, el supuesto de hecho era el siguiente. Acaecido un accidente de tráfico en la provincia de Gerona, se formuló la pertinente reclamación frente al Consorcio de Compensación de Seguros. Dada la excepción de prescripción que se hiciera valer, pues la acción vino a ejercitarse tras haberse superado el plazo anual, la misma fue negada en la instancia, considerando que resultaba de aplicación cuanto dispone el art. 121-21 del Código Civil Catalán, que sanciona un plazo de tres años en orden a la prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual. Interesado el oportuno recurso de apelación, la Sala manifestó que *el derecho civil de Catalunya tiene eficacia territorial art. 111-3.1 del llibre primer C.C.C. y 13.2 Código Civil Estado y no puede ser invadida su competencia por normas que contemplan aspectos civiles con regulación concreta en el CCC, bajo el pretexto de que se trata de una ley especial, pues al margen de la naturaleza de dicha norma ha de ser de aplicación la legislación catalana mientras no se proclame el carácter básico de los preceptos (de todos o de algunos de ellos), para su aplicación indiscriminada a todo el territorio español. El art. 7 del RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre se halla incardinado en el Título I, "Ordenación civil", y la específica regulación de la prescripción de la acción derivada de culpa extracontractual o aquiliana (materia estrictamente civil), se halla en el art. 121-21 d) del CCC, estableciéndose un plazo trienal, por lo que la acción de responsabilidad extracontractual no estaba prescrita como acertadamente entendió la sentencia apelada*⁸.

Sin embargo, poco después, y apenas con cien kilómetros de distancia, nuestra jurisprudencia hizo valer un criterio muy distinto. Así, frente al parecer que manifestara la sentencia de primera instancia, la Sala que conociera de la apelación en otro supuesto similar no tuvo duda alguna al

⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Gerona (Sección 1ª) núm. 371/2010, de 8 noviembre (Id Cendoj: 17079370012010100280).

afirmar que no cabe aplicar a la repetida acción el plazo de prescripción de tres años establecido en el artículo 121-21d) del CCCat toda vez que, aunque el mismo conforma sin duda el derecho común de Cataluña en lo relativo a las acciones de responsabilidad extracontractual, según resulta del propio CCCat., el derecho civil catalán no abarca aquellas materias de competencia legislativa estatal como la mercantil (art. 149-1-6ª CE) de la que forma parte la normativa de seguros. La aplicación directa en Cataluña del derecho estatal de seguros es una consecuencia de la distribución constitucional de la competencia legislativa entre los entes territoriales que ya tuvo en cuenta el artículo 111-5 CCCat⁹.

Desde luego, y al margen de otras valoraciones, el resultado a que conduce esa disparidad de criterios jurisprudenciales no era otro que el del incremento de costes para las entidades obligadas a tal cobertura pero, sobre todo, la existencia de un distinto nivel de protección del perjudicado. En estos supuestos, el Derecho venía configurar, a través de los diferentes regímenes de prescripción, una compartimentación del mercado, pues las condiciones de la cobertura eran distintas en razón de si se aplicaba la norma propia de la Comunidad Autónoma (tres años como plazo de prescripción) o la norma estatal (plazo anual). Por ello, la cuestión planteada —esto es, cuál era el plazo de prescripción de la acción para reclamar la cobertura de los daños cuando el siniestro hubiera acontecido en Cataluña— fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo. En su STS (Pleno) de 6 de septiembre de 2013¹⁰ se fijó como doctrina jurisprudencial que *en el caso de que el perjudicado por un accidente de tráfico ocurrido en Cataluña ejercite acción directa contra la aseguradora del vehículo conducido por el responsable del accidente o, en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, el plazo de prescripción de dicha acción es el de un año previsto en el artículo 7.1 de dicha Ley y no el de tres años a que se refiere el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña para las reclamaciones derivadas de culpa extracontractual*. Ahora bien, y a los efectos que ahora interesan, conviene destacar el fundamento en el que se amparó tal decisión, pues ésta se justificó, entre otros extremos, en que el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor *se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6ª de la Constitución Española, según el cual el Estado*

⁹ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) nº 295/2011, de 12 mayo (*Id Cendoj*: 08019370162011100292).

¹⁰ *Id Cendoj*: 28079119912013100018.

*tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, por lo que las normas de dicha ley rigen directamente en todo su territorio sin que pueda operar en este caso el principio de territorialidad para reclamar la aplicación de la norma catalana*¹¹.

El Tribunal Supremo viene, pues, a resolver la cuestión atendiendo no a un criterio de territorialidad en la aplicación de la norma sino, antes bien, tomando en consideración el carácter –civil o mercantil– de la norma de Derecho privado que resultara de aplicación.

III. NORMA CIVIL, NORMA MERCANTIL Y SU DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL

Esta distinción norma civil/norma mercantil no solo es una realidad académica sino que, sobre todo, tiene relieve constitucional. En efecto, nuestra Constitución dispone la competencia exclusiva del Estado en orden a la *legislación mercantil* (art. 149.1.6ª CE). Igual criterio sigue respecto de la legislación civil, aunque en tal caso se actúa en un ámbito material menor, pues la reserva al Estado se da respecto de la *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial* (art. 149.1.8ª CE).

En toda la discusión que ha generado el APCM, la delimitación de la materia mercantil y, por tanto, el ámbito material del propio texto prelegislativo ha sido objeto de todo tipo de diatribas sin que, en momento alguno, los críticos se pararan a analizar el significado y, sobre todo, la función que quepa atribuir al término *legislación mercantil*, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

La regla competencial dispuesta en el artículo 149.1.6ª CE no implica la constitucionalización de un concepto de legislación (o derecho) mercantil. Desde luego, no hay una plena correspondencia entre los conceptos de

¹¹ Con posterioridad reitera tales criterios la STS de 4 de febrero de 2015 (*Id Cendoj*: 28079110012015100064).

Derecho mercantil y, por otro lado, *legislación mercantil*. De hecho, hay materias típicamente mercantiles que son objeto de la competencia exclusiva del Estado y que formalmente se atribuyen al margen de cuanto dispone el art. 149.1.6ª CE (*ad ex.* propiedad industrial, bases de la ordenación del crédito y la banca, etc.). Ahora, bien, plantearnos la cuestión de que ha de entenderse por tal *legislación mercantil* arrastra la necesidad de resolver qué significado tiene el término legislación en esta sede y, en segundo lugar, que ha de entenderse por mercantil. Y para ello, no hay nada mejor que recordar, brevemente, cuál es el criterio manifestado por el Tribunal Constitucional.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones. En este sentido, y por referencia al concepto de *legislación*, en atención a distintos pronunciamientos del TC (*ad ex.* STC 33/1981, de 5 de Noviembre; STC 18/1982, de 4 de Mayo; STC 34/1982, de 14 de Junio; STC 71/1982, 30 de Junio; etc.), cabe afirmar que tal concepto ha de ser entendido en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas.

Sin embargo, mayor complejidad plantea la determinación de lo que ha de entenderse como *mercantil* a los efectos de la regla competencial prevista en el artículo 149.1.6ª CE. De hecho, el propio TC ha reconocido la dificultad de tal interpretación y no ha dudado en afirmar que la cuestión *no tiene a primera vista, respuesta fácil, porque el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento no es, en modo alguno, preciso y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal siempre viva* (STC 37/1981, de 16 de Noviembre).

En la sentencia anteriormente citada, el TC intentó ofrecer un concepto de Derecho mercantil y, aún cuando afirmara un concepto doctrinal de corte subjetivista, posteriormente vino a reconocer la práctica imposibilidad de su intento. Por ello, cambia radicalmente el planteamiento y renuncia a formular un criterio *de vocación de mayores generalizaciones* (STC 40/1982, de 30 de Junio), para concluir que *es claro que, sea cual sea el criterio que se adoptase, aquella (legislación mercantil) habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales* (STC 37/1981, de 16 de Noviembre). En igual sentido, incidiendo en el carácter privado de la normativa mercantil, *vid.* STC 88/1986, de 1 de Julio y STC 206/1997, de 27 de Noviembre). Y estas ideas, sin necesidad de buscar un pronunciamiento general y permanente sobre lo que es el Derecho mercantil, han sido reiteradas en la posterior STC 13/1986, de 30 de Enero, en donde el TC afirma que *sólo las reglas de Derecho Privado*

quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la Legislación mercantil.

Como conclusión, podemos entonces afirmar que ni los constituyentes pretendieron formalizar un concepto de Derecho mercantil ni, tampoco, que el Derecho mercantil agote su contenido en la *legislación mercantil*. El término *legislación mercantil* englobará un conjunto de materias que podrá o no hacerse coincidir con las que tradicionalmente vienen recogidas en nuestro Código de comercio y en la legislación especial. Pero, lo verdaderamente relevante es la función que la regla del art. 149.1.6ª CE está llamada a cumplir. Y ésta no es otra que la de actuar, simplemente, como un concepto de distribución de funciones dentro de los distintos titulares del poder. Buena prueba de ello es el pragmatismo con que el propio Tribunal Constitucional se ha enfrentado a estos problemas.

Sin embargo, la afirmación de ese carácter instrumental de la noción de legislación mercantil pone de relieve, también, la finalidad que encierra la atribución competencial exclusiva de tal ámbito de decisión a favor del Estado. Es decir, la regulación de las relaciones jurídico-privadas que se den en el desarrollo de la actividad empresarial debe quedar al margen de la competencia autonómica. La razón de ser de tal previsión constitucional ha de hacerse descansar en la necesidad de lograr que el mercado, que es donde se dan esas relaciones jurídico-privadas, sea uno. Pues bien, a esa finalidad responde el APCM, en cuanto que se constituye en un instrumento técnico con el que se delimita el Derecho privado aplicable a las relaciones que se dan en ese mercado único.

Sin embargo, los críticos del APCM vienen a manifestar una doble objeción, pues niegan –o, al menos, relativizan– el relieve constitucional de la exigencia de la unidad del mercado y, de otra parte, no sé si de forma una tanto incoherente, entienden que esa unidad de mercado puede alcanzarse por otras vías, entre las cuales destacan la reserva competencial al Estado de la legislación sobre las *bases de las obligaciones contractuales*. Conviene, por tanto, considerar separadamente ambas objeciones.

IV. UNIDAD DE MERCADO Y DERECHO PRIVADO

Las objeciones señaladas vienen a resumirse afirmando que *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 1ª 8 CE), en lo que sea básico. (Gete-Alonso). A ello se añaden las dificultades para concretar qué es exactamente la unidad de mercado, destacándose que tal unidad de mercado encierra un concepto que no es estrictamente jurídico, que no aparece de modo expreso en la Constitución (García Rubio)¹².

Lo cierto es que estas afirmaciones no se compadecen con la mejor doctrina constitucional pero, sobre todo, con normas expresas acogidas en la propia Constitución así como con la jurisprudencia del TC. En efecto, frente a cuanto se afirma, la jurisprudencia constitucional ha advertido no solo de la vigencia sino, también, de las consecuencias anudadas al principio de unidad de mercado.

En primer lugar, es indudable el reconocimiento constitucional implícito de un principio de unidad de mercado, al igual que las consecuencias explícitas (*ad ex art. 139.2 CE*) que de éste se derivan (Bercovitz). El TC advirtió tempranamente la vigencia y alcance de tal principio constitucional, pues destacó que *en la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo», y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128 entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija*

¹² Desde estos parámetros, se concluye que *El nuevo concepto de lo “mercantil” se adopta para garantizar una supuestamente amenazada “unidad de mercado” (“finalidad primordial y verdadero leit motiv del nuevo texto”, en palabras de Gondra), la cual exigiría, sin sombra de duda, una regulación uniforme de las obligaciones y contratos en todo el Estado (García Rubio).*

una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional (arts. 40.1, 130.1, 131.1, 138.1). Esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Tít. VIII de la CE.). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores¹³.

Ahora bien, esa unicidad no exige, en toda su extensión, una uniformidad de sus contenidos¹⁴, aunque sí necesariamente en aquéllos que así dispone la propia Constitución por haber reservado a la exclusiva competencia estatal las materias de que se trate. En concreto, la regulación de las relaciones *inter privados* que se den en ese mercado, que ha de ser único, queda al margen de la competencia de las CC.AA., de modo que se asegura una regulación uniforme en tal ámbito.

Este criterio lo ha reiterado en numerosas ocasiones el TC, manifestando, al enjuiciar una norma autonómica que incidía en tales relaciones, que *debemos tomar en consideración que nuestra doctrina, desde la temprana STC 37/1981, de 16 de noviembre, ha procedido a la delimitación del alcance de la legislación contractual, civil y mercantil, en relación con otras materias competenciales entre las que se encuentra el comercio interior. Esta delimitación tiene como punto de partida la distinción entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones inter privados y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales, encuadrando el primer tipo de regulaciones en*

¹³ STC 1/1982, de 28 de enero.

¹⁴ La STC resolvió que *de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único. Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Tal unidad, sin embargo, y 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, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico.* En igual sentido, *vid.* STC 88/1987, de 2 de junio.

la materia de legislación civil o mercantil. En tal sentido, la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del art. 149.1.6ª CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales. Por eso, dicha definición excede los límites de la competencia autonómica sobre comercio interior la cual, al regular estas relaciones entre los comerciantes y los destinatarios de sus servicios, está incidiendo en la legislación mercantil de competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.6ª CE¹⁵.

El repaso de la jurisprudencia constitucional permite sentar una doble conclusión. En primer lugar, el texto constitucional sanciona un principio de unidad de mercado que debe manifestarse en la uniformidad del régimen jurídico aplicable a éste. De otra parte, esa uniformidad se intensifica cuando se trate de la regulación jurídico-privada de las relaciones que se den en ese mercado único, pues en tal caso esa regulación ha de ser única, correspondiendo al Estado la competencia exclusiva para dictar normas en tal ámbito. De modo expreso así lo advirtió el TC, señalando que *la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado*¹⁶. No habrá que olvidar que *no hay obstáculo más sólido ni aduana interior más rígida que la que establece fronteras entre una diversidad de normas que fragmente el territorio español* (Olivencia).

V. COMPETENCIA (EXCLUSIVA) ESTATAL Y UNIDAD DEL DERECHO PRIVADO DEL MERCADO

Llegados a este punto, debe afrontarse la segunda objeción que se hiciera al APCM, y en la que viene a manifestarse que, si bien fuera necesaria una unidad del Derecho privado aplicable a las relaciones de mercado, ésta podría alcanzarse con el recurso a otros instrumentos técnicos, en particular, la competencia que se atribuye en exclusiva al Estado para legislar sobre las *bases de las obligaciones contractuales*.

A mi juicio, ese planteamiento incurre en dos errores. En primer lugar, con él se viene a obviar una consecuencia necesaria que de éste se deriva,

¹⁵ STC 26/2012, de 1 de marzo.

¹⁶ STC 133/1997, de 16 de julio.

pues dado el carácter de *bases* con que se delimita la competencia exclusiva estatal, no puede garantizar el resultado que se persigue; esto es, la formación de un Derecho privado único aplicable a las relaciones de mercado. De otro lado, el recurso a cuanto dispone el art. 149.1.8ª CE supone un exceso con el que viene a desconocerse el alcance que tiene la competencia exclusiva que se atribuye al legislador estatal en materia mercantil.

En primer lugar, con independencia del alcance que quepa predicar del art. 149.1.8ª CE, lo cierto es que la competencia estatal sobre la *legislación civil* se contrae, en lo que ahora interesa, a la determinación de las *bases de las obligaciones contractuales*. Al margen del significado que quepa predicar de estas *bases*¹⁷, la consecuencia inmediata que de ello se deriva es el hecho de que estamos ante ámbitos competenciales compartidos, en más o en menos, entre el Estado y las CC.AA. Esto es, solo puede hablarse de *bases*, como noción delimitadora de la propia competencia, en dos situaciones, pues así sucederá cuando la competencia estatal no es excluyente de la competencia autonómica o, bien, cuando la competencia autonómica es exclusiva pero aparece limitada por las *bases* derivadas de otra competencia estatal.

Si todas estas ideas las referimos ahora a la cuestión que nos ocupa, podrá constatarse la muy escasa eficiencia que puede procurar el recurso a la competencia estatal exclusiva sobre la *legislación civil* respecto de las *bases de las obligaciones contractuales* a fin de alcanzar la finalidad pretendida; esto es, que el Derecho privado aplicable a las relaciones de ese mercado único sea uno. Ese resultado no se puede lograr si la norma estatal se justifica en una competencia sobre tales *bases* pues, por definición, éstas suponen la concurrencia de las competencias de las CC.AA., la cual podrá ejercitarse dando lugar a la fragmentación de una normativa jurídico-privada que habría de ser única.

De otro lado, el argumento que no se comparte desconoce el alcance que se predica de la *legislación mercantil* que, en cuanto competencia exclusiva, atribuye al Estado el art. 149.1.6ª CE.

¹⁷ El TC ha destacado que esta noción *puede abarcar tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector*. STC 124/2003, de 19 de junio. Vid., también, *ad ex.*, STC 21/1999, de 25 de febrero.

En efecto, cuando el TC ha concretado, no sin cierta indeterminación, los contenidos de tal *legislación mercantil*, ha señalado que, en todo caso, comprende *las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales*, al igual que *las condiciones generales de contratación*, así como *los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil*¹⁸. A ello debemos añadir aquellas materias que son objeto de otro título competencial y que, de igual manera, se atribuyen al propio Estado, dada su incidencia en las relaciones de mercado (*ad ex.* el régimen de la propiedad industrial *ex art.* 149.1.9ª CE). Es decir, la normativa mercantil aparece como una parte del Derecho privado que viene a explicarse materialmente en razón de la actividad empresarial; esto es, de aquélla que se actúa en y para el mercado.

La jurisprudencia constitucional insiste en tal idea pues, tras afirmar el carácter exclusivo de la competencia estatal sobre la *legislación mercantil*, advierte que *respecto del contenido de dicha competencia este Tribunal ha manifestado que, en todo caso, incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales (STC 137/1981, Fundamento jurídico 3º) y, respecto de su alcance, hemos declarado en nuestra STC 14/1986, que en las sociedades, como la nuestra, que siguen el modelo de la economía de mercado, la actividad mercantil aparece disciplinada por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el privado, dentro del cual hay que situar, sin duda, al Derecho mercantil, siendo oscilantes los criterios para trazar los límites entre la legislación mercantil y la correspondiente a otras ramas del Derecho*¹⁹.

En atención a cuanto se acaba de exponer, parece razonable concluir con una doble afirmación. En primer lugar, el recurso a la competencia exclusiva del Estado sobre la *legislación mercantil* excluye cualquier posible intervención normativa por parte de las CC.AA. en las materias que integran tal título competencial. Ello arrastra una consecuencia importante, pues resulta entonces indudable que la *legislación mercantil*

¹⁸ STC 26/2012, de 1 de marzo. También cabe citar, entre muchas otras, la STC 124/2003, de 19 de junio, aun cuando en ésta se haga referencia tanto al art. 149.1.6ª como al art. 149.1.8ª CE, al destacar que *hemos declarado que la competencia del Estado en el ámbito del Derecho mercantil y obligacional ex art. 149.1.6ª y 8ª CE incluye los ámbitos relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, a la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantiles o la regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales, e igualmente la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute por los consumidores de bienes, medios o servicios.*

¹⁹ STC 133/1997, de 16 de julio.

es única, de origen estatal y de aplicación en todo el territorio nacional. De otro lado, y como segunda conclusión, esa competencia se extiende a *la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales*, de modo que no puede acudirse a otro título competencial cuando quiera dictarse normas sobre tales aspectos.

VI. LA DENUNCIA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL APCM

Los críticos del APCM parecen orillar todas estas exigencias que impone la norma constitucional. Reclaman un protagonismo excluyente de la legislación civil que evite cualquier intromisión de las normas mercantiles en el ámbito contractual. El Derecho Mercantil, se nos dice, debe quedar limitado al confín de ser un elenco reducido de ciertas especialidades en materia de obligaciones y contratos²⁰, pues tanto las normas generales como la regulación básica de los tipos contractuales son de naturaleza civil.

Más adelante habrá que volver sobre esta labor de etiquetar instituciones que, a modo de contraseña, supongan una suerte de reserva de propiedad. Ahora quisiera atender, en pocas líneas, a una conclusión que de tal planteamiento se deriva y que ha llevado a denunciar la inconstitucionalidad del APCM.

El vicio de inconstitucionalidad en que incurriría el APCM se quiere justificar con una doble argumentación, afirmando, en primer lugar, su contradicción con lo dispuesto en el art. 149.1.8ª CE y, de otro lado, recordando la regla esencial de la indisponibilidad por el legislador ordinario de lo que sea el ámbito material de su propia competencia.

Respecto de la primera consideración, se nos dice que el APCM resulta contrario a las exigencias constitucionales *porque la propia CE reconoce que el Estado y algunas CC.AA. tienen algunas competencias en materia “contractual”; lo hace cuando reserva al Estado en el artículo 149.1.8ª, y por tanto en sede de legislación civil, únicamente las “bases de las obligaciones contractuales”, pero no toda la materia contractual; justo lo*

²⁰ Esta afirmación de que el Derecho Mercantil queda reducido a ser un *conjunto de especialidades en materia de obligaciones y contratos* se manifiesta en la crítica al APCM, citando a algún mercantilista español. Sin embargo, la autoría de tal consideración es de origen foráneo y se da en un contexto muy diferente al español. Seguramente, el conocimiento del Derecho y doctrina alemanes en estas materias, aseguraría su no utilización –o, al menos, una utilización no tan alegre– en este contexto.

contrario de lo que pretende el nuevo texto –pues la residual materia contractual que expulsa del mercado y, por ello, excluye de su concepto de lo “mercantil” no es ni jurídica ni económicamente significativa (García Rubio)²¹. De ello se concluye afirmando que la norma sobre obligaciones contractuales, si es básica, habrá de ser una norma civil ex artículo 149.1.8ª CE y, por ello, bajo esta calificación, competencia exclusiva del Estado.

Lo cierto es, sin embargo, que en esa crítica parece que se parte de una lectura precipitada del texto constitucional y del contenido del APCM. En efecto, la competencia exclusiva estatal dispuesta en el art. 149.1.8ª CE queda cercenada por referencia a las bases de las obligaciones contractuales aunque solo en el ámbito civil. Es decir, en materia de contratación civil, el Estado solo tiene atribuida la competencia exclusiva para fijar cuáles sean sus bases y concretar normativamente el contenido de éstas. Desde luego, el APCM no solo es respetuoso con la regla de atribución competencial dispuesta en el citado art. 149.1.8ª CE sino que, y ello es evidente, a lo largo de su articulado no se encuentra disposición alguna sobre aquellos contratos que resulten ser ajenos a la actividad empresarial. El texto proyectado se asienta, antes bien, sobre cuanto dispone el art. 149.1.6ª CE, de manera que son objeto de regulación aquellos contratos vinculados a la actividad económica que se desarrolla en el mercado y en la medida en que se ha considerado oportuno a fin de lograr el Derecho único que reclama la unidad de tal mercado²².

²¹ La autora citada añade que *no tiene sentido, por otro lado, mantener apriorísticamente que existen unas bases de las obligaciones mercantiles autónomas en el artículo 149.1.6ª CE; tal cosa solo podría ser si tales bases fueran distintas de las propias de las obligaciones civiles, lo que difícilmente ocurrirá en un sistema económico como el que tenemos, fuertemente globalizado y en el cual la distinción que aquí se quiere maximizar en la mayor parte de los países ni siquiera existe y en aquellos donde lo hace está llena de zonas grises*. Estas afirmaciones se oponen derechamente al contenido del APCM, pues este texto no pretende fijar *unas bases de las obligaciones mercantiles autónomas*. El contenido del Anteproyecto no está, ni debe estar, limitado por esa finalidad, pues en esta materia no hay competencia compartida o concurrente de las CCAA sino, antes bien, competencia exclusiva y plena del Estado, la cual viene a ejercerse – con la extensión que se ha considerado oportuna – a fin de concretar el Derecho aplicable a los contratos con los que se lleva a cabo la actividad de mercado.

²² De otra parte, quizás lo que quiere ponerse de relieve con la argumentación que no compartimos es que el vicio de inconstitucionalidad deriva del hecho de que los contenidos del APCM resulten contrarios a la regla competencial dispuesta en el art. 149.1.8ª CE. Si así fuera, me parece que el argumento tendría un recorrido muy corto. Lo que, en último término, vendría afirmarse es que el texto proyectado, que se justifica en la competencia estatal exclusiva ex art. 149.1.6ª CE, resultaría contrario a otra regla de atribución competencial, también exclusiva pero ¿a favor del propio Estado?

De otro lado, la denuncia de inconstitucionalidad del APCM parece que quiere fundamentarse en un otro argumento, pues *la segunda razón por la que el APCM es, según mi opinión, claramente inconstitucional en los ámbitos aquí tratados deriva de la reconocida por el propio Tribunal constitucional “indisponibilidad” por parte del legislador, sea estatal o autonómico, de lo que son la materias constitucionalmente establecidas (especialmente en STS 247/2007 y las allí citadas), de lo que se desprende que ningún legislador ordinario, sea del ámbito territorial que sea, puede configurar un título competencial a su antojo, ya se trate de la materia mercantil o de cualquier otro* (García Rubio).

El argumento expuesto puede objetarse en un doble sentido. En primer lugar, requiere una petición de principio que, sin embargo, parece hurtarse, al menos de modo expreso. En todo caso, lo que ese argumento encierra es una negación; esto es, se nos viene a decir que no cabe que la *legislación mercantil* pueda comprender la regulación de las obligaciones y contratos que se dan en el tráfico en el mercado, bajo la implícita – o, quizá, no tanto – consideración de que tal materia, por ser contractual, pertenece al patrimonio privativo civil. Esta opinión es absolutamente lícita. Sin embargo, no parece que tanto el texto constitucional, como la jurisprudencia que lo interpreta, compartan la misma. Baste ahora con recordar la jurisprudencia anteriormente citada.

Pero, también, hay que señalar cómo no se concreta el exceso en que pudiera haber incurrido el APCM y con el que se hubieran desbordado los límites que impone la regla de atribución competencial ex art. 149.1.6ª CE. La norma constitucional delimita tal competencia estatal en razón de dos notas que han de respetarse con su ejercicio, pues la normativa que a su amparo se dicte debe ser calificada como Derecho privado y ha de corresponderse con los contenidos propios del ámbito material mercantil. El repaso de las normas proyectadas viene a asegurar el respeto de estas exigencias.

VII. REALIDAD DEL MERCADO (ESPAÑOL) Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

El APCM acoge, como opción de política jurídica, la separación entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil. Este proceder ha sido criticado, pues implicaría la consecuencia de que el Derecho Mercantil quedara configurado como Derecho especial y, sin embargo, no atendería al fundamento que justifica tal carácter. En este sentido, se ha señalado que *la razón de ser de la existencia del derecho especial reside en la voluntad*

de obtener unos resultados distintos y más adecuados que los que se obtienen con el Derecho general; luego es una pura contradicción sostener que pueda existir un Derecho especial donde se repiten las mismas reglas que se recogen en el Derecho general, posibilidad que, sin embargo, el PCM admite sin ningún empacho (García Rubio).

De otra parte, y en este punto se insiste con particular ahínco, se considera que la opción legislativa plasmada en el APCM resulta derechamente contraria a la actual tendencia a favor de una unificación del Derecho de obligaciones y contratos, con el que se vendría a superar, en esa particular materia, la clásica distinción entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil²³. Para ello se suelen citar algunos textos vigentes, como la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías o los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.

Ambas alegaciones deben ser ahora consideradas. Ahora bien, lo primero que habrá que señalar es que cabe lícitamente dudar del alcance y significado que hoy en día pueda predicarse de la caracterización de un sector del Ordenamiento jurídico como Derecho especial, en particular, en lo que hace al Derecho Mercantil. Seguir con la idea de un derecho pleno respecto del que las normas mercantiles encierran tan solo ciertas especialidades que vienen exigidas por el tipo de actividad al que se aplican, no parece el camino más acertado ni, tampoco, resulta el más apegado a la realidad de las cosas. Los ejemplos que se citan (Convención de Viena, principios UNIDROIT) lo son respecto de reglas que surgen en la práctica comercial, configurando normas de superior eficiencia frente a las tradicionales civiles, de modo que, en razón de su utilidad, poco a poco se van generalizando sin perder su funcionalidad en el tráfico mercantil. Un buen ejemplo de ello es la afirmación, frente al inveterado planteamiento civil en torno a la obligación de entrega recogido en el art. 1468 C.c., del principio de conformidad con el contrato que, vigente en aquellos textos, se ha generalizado con ocasión de la Directiva 1999/44/CE y su incorporación –actualmente– en la LGDCU.

²³ Resulta especialmente llamativo que en la defensa de este proceso de unificación del Derecho de obligaciones y contratos, como argumento contrario a las opciones seguidas por el APCM, se venga a citar su contradicción con la doctrina más autorizada, reproduciéndose las opiniones de prestigiosos mercantilistas favorables a tal proceso. A este respecto me parece que se incurre en una notable falta de elegancia, pues se hurtan –o se desconocen– algunas informaciones relevantes. Así, cabe señalar que la inmensa mayoría de las opiniones citadas se hicieron en un momento muy anterior a la vigencia del texto constitucional y a la nueva situación que éste creara. La práctica inexistencia de normas distintas a las del C.c. –entonces no autonómicas sino forales– en materia contractual no generaba riesgo alguno para la unidad del mercado.

Pero, al margen de lo anterior, se hace preciso ponderar el segundo argumento hecho valer y por el que se denuncia la contradicción del APCM respecto del proceso, al parecer generalizado, de unificación del Derecho de obligaciones y contratos. Ahora bien, y en relación con este extremo, cabe formular dos interrogantes. En primer lugar, ¿es posible la unificación del derecho de obligaciones y contratos en España? De otro lado, ¿y es eficiente, a fin de asegurar la unidad del mercado, ese proceso unificación normativa?

La respuesta a estas preguntas no puede hacerse bajo una incorrecta comprensión –o precomprensión– de lo que pueda ser el Derecho Mercantil o el Derecho Civil sino, mejor, en atención al estado de nuestra legislación positiva. Pero, fundamentalmente, las respuestas que puedan ofrecerse no deben ampararse en una consideración ideal o bajo el manto de idílicos conceptos sino en atención a las reglas y exigencias de nuestro texto constitucional. Dicho en otras palabras, debe partirse de la estructura territorial española y de la distribución competencial que arrastra, de modo que *esta realidad es la que hay que tener en cuenta, porque justifica la necesidad de delimitar con claridad las normas de la legislación mercantil, de manera que los operadores económicos puedan tener con carácter general la seguridad de que unas normas únicas de Derecho privado dictadas por el Estado, serán las que rijan sus actuaciones*” (Bercovitz).

Si se respetan tales exigencias, surgirá indefectiblemente una nueva pregunta pues, en tal proceso de unificación del Derecho de obligaciones y contratos, ¿cuál será el Derecho Civil que ha de unificarse? Si se es coherente con el punto de partida, la respuesta no sería otra que la de afirmar la necesidad de que se unificara previamente toda norma civil, estatal o autonómica, de carácter contractual. Ahora bien, ese proceder tendría una consecuencia seguramente no querida pues, junto con su carácter utópico en la actual realidad española, vendría a suponer la práctica ablación de la competencia autonómica en materia civil, junto con la falta de estabilidad de la unificación que se hubiera logrado.

Mientras tanto, la necesaria unicidad de la normativa aplicable a un mercado que ha de ser único es una realidad que reclama una adecuada respuesta que, en el marco constitucional español, no parece que pueda ofrecer un proceso de unificación del Derecho de obligaciones y contratos. Acertadamente, se ha señalado que *tras la Constitución política de 1978, la aspiración a la unificación del Derecho privado ha sido abandonada por completo. En su lugar, ha surgido –y cada día se afianza más– la idea de un nuevo Código de comercio. La historia parece repetirse. En 1829 no era posible un Código Civil pero era necesario contar con un Código de*

Comercio al servicio de las exigencias del tráfico económico. Ahora tenemos multitud de Derechos civiles; pero el tráfico económico exige imperiosamente un Derecho unitario; y la forma de conseguirlo ya no puede ser un derecho privado en un Código único, sino un Derecho especial lo más completo posible. La Codificación mercantil separada no es, pues, una cuestión formal, no es una cuestión de importancia secundaria, sino una cuestión esencial. En este contexto, la función política de ese nuevo Código de comercio es de absoluta evidencia (Rojo). Pues bien, a tal finalidad –el logro del un Derecho único para un mercado que es uno– es a la que responde el APCM.

En lo que hace a la finalidad perseguida por el texto proyectado, sus críticos parecen atribuirle otra muy distinta a la real y que puede ser reveladora del distinto enfoque del que parten. En este sentido, no dudan en atribuir al APCM la finalidad de *evitar cualquier legislación civil sobre obligaciones y contratos procedente de las Comunidades Autónomas* (García Rubio). Sin embargo, ello no es así. El texto proyectado no tiene por misión evitar la regulación autonómica en materia contractual. De hecho, ninguna de sus normas impide o dificulta tal tarea del legislador autonómico. La finalidad de política jurídica que quiere alcanzarse es otra, pues se trata de evitar la fragmentación de un mercado único a través de la aplicación de diferentes regímenes jurídicos de desigual alcance territorial. Ello supone que la competencia en materia civil, y su distribución entre el legislador estatal y los autonómicos, así como el alcance de las bases de las obligaciones contractuales y los límites que ello implique sobre el Derecho Civil propio de las CC.AA., son cuestiones completamente ajenas al APCM.

Sin embargo, no cabe desconocer lo que, con acierto, se ha denominado como *el riesgo de la fuente supletoria* (Rojo). Es decir, el Derecho Mercantil no contiene una completa y total regulación de toda la materia contractual, sino que, antes bien, supone la vigencia de las reglas del Derecho Civil, al que expresamente se remite. Es más, el sistema de fuentes del Derecho Mercantil, tanto en el vigente Código (arts. 2, 50 y 51 C.com.) como en el APCM (art. 001-4), efectúa el oportuno reenvío a la legislación civil como norma supletoria de la mercantil. Esa necesidad del reenvío a la norma civil acarrea un riesgo indefectible cuando ésta es plural en razón de los distintos territorios que integran el mercado que ha de ser único (aspecto que se consideró como *el principal problema con que tiene que enfrentarse la recodificación mercantil*, en palabras del Prof. Bercovitz). Y ese riesgo no es otro que el derivado de la aplicación de la norma civil supletoria, que puede ser diferente en cada en CC.AA. según esté vigente la norma estatal o la propia de la Comunidad Autónoma, y que arrastre una

respuesta jurídica distinta en cada caso cuando ese mercado exige una solución única (Alonso Ledesma). Recuérdese que ese riesgo, como antes se viera respecto del mercado asegurador, es una realidad.

La solución con la que el APCM quiere conjurar el riesgo denunciado es acertada y explica otras decisiones que se plasman en el texto proyectado. En primer lugar, es respetuosa del reparto competencial que ordena nuestra Constitución, pues sin incidir en la competencia de las CC.AA., evita que ésta, en razón de su eventual carácter de norma supletoria, pueda ir más allá de lo que autoriza el texto constitucional, dado que escapa a la potestad normativa autonómica la posibilidad de constituir normas que integren la *legislación mercantil* ex art. 149.1.6ª CE. Esto es, la competencia autonómica en materia de obligaciones y contratos no solo queda circunscrita por un límite territorial sino, también, por otro material, pues no ha de invadir, ni siquiera por vía de aplicación supletoria, el campo propio de la regulación mercantil. De otro lado, el criterio seguido explica algunas decisiones que se recogen en el texto del APCM y que han sido objeto de particular valoración negativa por parte de sus críticos. Me refiero a la reproducción de ciertas normas que, acogidas en el C.c. con uno u otro contenido, se incorporan en el texto proyectado. Con ese proceder no se pretende invadir fundo ajeno sino, mejor, darle a tales normas un carácter mercantil a fin de evitar la aplicación supletoria de sus correlativas civiles –estatales o autonómicas– para, de esta manera, lograr ese Derecho único que reclama un mercado que es, y ha de ser, uno.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Nuestra Constitución impone ciertas exigencias que el Derecho patrimonial aplicable a las relaciones de mercado ha de afrontar. A ellas responde la propuesta que nos ha ocupado. Con el texto proyectado no se pretende alcanzar ninguna limitación de las competencias que asisten a las CC.AA. en materia de Derecho privado. Éstas permanecen incólumes, a despecho de cualquier intervención. De igual manera, no es intención de la propuesta determinar qué es o pueda ser el Derecho Civil ni, tampoco, negar su centralidad, si así quiere defenderse. El fin pretendido es mucho más modesto, pero también más relevante. Se trata de asegurar que, en las relaciones de mercado sujetas a Derecho privado, éste sea uno pues el mercado es único²⁴.

²⁴ La preocupación por la formación de un Derecho privado aplicable a un mercado único no es, desde luego, algo nuevo y – como es de general conocimiento – tuvo su protagonismo en el proceso codificador español. Puede recordarse, como prueba de ello, el

Esto es, el APCM es un texto exquisitamente respetuoso con el Derecho Civil propio de cada Comunidad Autónoma, al igual que respecto del C.c. No se alteran sus planteamientos y opciones. Quizás con un último ejemplo se llegue a expresar cuanto se quiere decir. Los particulares podrán constituir derechos de adquisición preferente a través de los títulos que tengan por oportunos, pero no podrán variar el régimen jurídico aplicable a esas relaciones que se dan en el mercado. Así, podrá constituirse un derecho de adquisición preferente que se ampare en abolitorios, saca foral, tornería o la institución de que se trate. En estos casos, el título constitutivo del derecho de preferencia quedará sujeto a su régimen propio, al igual que una limitación subjetiva y territorial evidente. Pero lo que no es admisible en un mercado único es que aquellos títulos constitutivos de derechos de preferencia que son generales y comunes del tráfico queden sujetos a una doble regulación cuya aplicación derive de un criterio territorial, fragmentando ese mercado único. Por ello, la constitución de una opción sobre las acciones (*call*, *put*) no puede quedar sujeta a distintos requisitos determinantes de su validez en razón de la norma civil territorialmente aplicable (*ad ex*. exigencia de forma pública ex art. 568-2 C.C.C.), máxime cuando un precepto mercantil no requiere una particular formalidad (art. 123.1 LSC).

Preámbulo del C.com. 1829, al señalar que *por cuanto hallándose reducida la Jurisprudencia mercantil de esta Monarquía a las ordenanzas particulares otorgadas á los Consulados para su organización y régimen interior, se carecía de leyes generales que determinasen las obligaciones y derechos que proceden de los actos de comercio, de lo cual resultaban grande confusión é incertidumbre, tanto para los mismos comerciantes y traficantes, como para los Tribunales y Jueces que habían de dirimir sus diferencias; y queriendo Yo poner término á males de tanta gravedad é interés, y dar al Comercio un sistema de legislación uniforme, completo, y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo Comercio, creé por mi soberana resolución de once de Enero de mil ochocientos veinte y ocho una Comisión especial compuesta de magistrados y jurisconsultos, y de personas versadas en las prácticas y usos mercantiles, para que meditasen, preparasen y me propusieran un proyecto de Código de Comercio.*

La preocupación señalada pervivió con ocasión del proceso de elaboración del –entonces – nuevo Código, pues el Decreto de 20 de septiembre de 1869, al fijar las Bases para un Código de Comercio, señalaba que *la reforma del Código de comercio debe comprender: Primero, la abolición de toda traba que impida o embarace la facultad que la Constitución concede a los españoles de contratar libremente, de ejercer toda clase de cargos y de asociarse para los varios fines humanos no contrarios a la moral y al derecho. Segundo: la ampliación de sus prescripciones a las nuevas combinaciones del orden económico y a los descubrimientos verificados desde 1829, que han modificado en gran parte las relaciones mercantiles.*

Es más, nuestros más conspicuos foralistas de la época, no dudaban en defender fueros, fazañas y usatges pero, a la vez, tenían una muy diferente actitud ante una *legislación mercantil duradera y uniforme*, ya que este derecho *no puede estar incierto y vacilante en las relaciones a menudo de corta vida que engendra el comercio*. Así se manifestaba, sin perjuicio de otras consideraciones, Durán y Bas.

Pese a la importancia de todas las cuestiones que quieren afrontarse con el texto proyectado, no cabe desconocer la situación actual en que se encuentra el APCM. Arrinconado por las urgencias electorales, oscurecido por el brillo de otros textos prelegislativos, el proyecto parece quedar confiado, esperemos que no sea así, a una mejor ocasión²⁵. Una obra de este tipo es, desde luego, perfectible. Seguramente, muchas de las disposiciones del proyecto deban ser objeto de la pertinente discusión a fin de mejorar las reglas propuestas y alcanzar, de este modo, soluciones más eficientes y justas. En esa tarea, todos los privatistas están concernidos. De hecho se ha constituido la oportuna comisión paritaria entre las Secciones Primera y Segunda de la Comisión General de Codificación a fin de seguir trabajando sobre el texto proyectado. No me cabe duda que las cosas son, y deben ser, así. Ahora bien, de lo que, desde luego, no puede dudarse es de la necesidad –y casi de la urgencia –de acometer tal reto.

²⁵ Probablemente merecería la pena hacer un estudio detallado del Dictamen que sobre el APCM emitiera el Consejo de Estado. Al margen de diversas circunstancias que se han dado en la elaboración y conocimiento de tal Dictamen, sus conclusiones – y muchas de sus afirmaciones – no parecen las más acertadas.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso Ledesma: Codificación y Derecho privado de obligaciones y contratos, RDM, 295, 2015, pp. 13 y ss.

Alonso Ledesma: La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil, en Bercovitz (Coord.), Hacia un nuevo Código Mercantil, Cizur Menor, 2014, pp. 299 y ss.

Alonso Mas (Dir.), “Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, La Ley, Madrid, 2014.

Aragón Reyes: Constitución económica y libertad de empresa, Estudios Homenaje Menéndez Menéndez, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 163 y ss.

Bercovitz: La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación, RDM; 289, 2013, pp. 35 y ss.

Bercovitz: Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil, en Bercovitz (Coord.), Hacia un nuevo Código Mercantil, Cizur Menor, 2014, pp. 37 y ss.

Bercovitz: Hacia un nuevo Código Mercantil, Actualidad jurídica Aranzadi, N° 885, 2014, p. 3.

Bercovitz: Acerca del nuevo Código Mercantil, en Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 29 y ss.

Bercovitz (Coord.): Hacia un nuevo Código Mercantil, Cizur Menor, 2014.

Calonge Velázquez: Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988.

Cidoncha: La libertad de empresa, Civitas, Madrid, 2006.

De la Quadra Salcedo Jannini: Mercado nacional único y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Delgado y Rams: Retos de la dogmática civil española, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2011.

Díaz Moreno: El Derecho Mercantil en el marco del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, Estudios Homenaje Menéndez Menéndez, vol. I, Civitas, Madrid, 1.996, pp. 227 y ss.

Duque: Constitución económica y Derecho Mercantil, en AAVV: “La reforma de la Legislación mercantil”, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1979, pp. 63 y ss.

Duran y Bas: Fuentes del derecho mercantil español. Juicio crítico de nuestro Código de comercio, RGLJ, 28, 1866, pp. 292 y ss.

Embid: ¿Por qué necesitamos el Código Mercantil?, Escritura Pública, 87, 2014, pp. 38 y ss.

García-Cruces: Globalización económica y Derecho mercantil, Servicio de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002.

García de Enterría Lorenzo-Velázquez: La competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil, RDM, 1991, pp. 7 y ss.

García Rubio: La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos, BIMJ, 2178, Mayo, 2015, pp. 5 y ss.

García Rubio: Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos en la Propuesta de Código Mercantil, Revista de Derecho Civil, 1, 2014, pp. 7 y ss.

García Rubio: Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado, Cuaderno electrónico de Estudios Jurídicos, Santiago de Compostela, 2013.

Gete-Alonso Calera: Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica, Revista de Derecho Civil, 4, 2014, pp. 27 y ss.

Gondra: La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil, RDM, 290, 2013, pp. 27 y ss.

Illescas: Un nuevo Código de comercio para España, DN, 196, 2007, pp. 1 y ss.

Jerez Delgado y Pérez García: La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones, RJUAM, 19, 2009-I, pp. 155 y ss.

Oliva Blázquez: El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho Privado de los contratos, Revista de Derecho Civil, 3, 2014, pp. 37 y ss.

Olivencia: El Título Preliminar de la propuesta de Código Mercantil, RDM, 290, 2013, pp. 11 y ss.

Olivencia: Delimitación de la materia mercantil, en Bercovitz (Coord.), Hacia un nuevo Código Mercantil, Cizur Menor, 2014, pp. 57 y ss.

Otero Lastres: Retos legislativos 2014: Reflexiones sobre la propuesta de Código Mercantil, <http://www.abogacia.es/2013/12/23/reflexiones-sobre-la-propuesta-de-codigo-mercantil/>

Olivencia: Un Código mercantil del siglo XXI, en El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños”, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 53 y ss.

Parra: La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho Privado, Europa e Diritto Privato, 3, 2014, pp. 897 y ss.

Peinado Gracia y Roncero Sánchez: La unidad de mercado, el Código de Derecho mercantil (q.e.p.d.) y otras melancolías, La Ley mercantil, 11, Sección Editorial, Febrero 2015.

Perales Viscasillas: ¡Larga vida al Derecho mercantil de obligaciones y contratos! (A propósito del Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en la parte de teoría general de obligaciones y contratos), La Ley mercantil, 13, Sección Editorial, Abril 2015.

Prats Albentosa: El futuro Código Mercantil, Escritura Pública, 85, 2013, pp. 24 y ss.

Quintana Carlo: La materia mercantil en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en AAVV: “De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Zaragoza, 1985.

Rojo: El derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado, RDM, 291, 2014, pp. 127 y ss.

Rojo: El Código Mercantil, RDM, 286, 2012, pp. 15 y ss.

Salas Carceller: El nuevo Código Mercantil, Revista Aranzadi Doctrinal, 1, 2014, pp. 11 y ss.

Tena Arregui: Un código nuevo en odres viejos, RDM, 290, 2013, pp. 69 y ss.

Vergez: La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la propuesta de Código Mercantil, en Bercovitz (Coord.), Hacia un nuevo Código Mercantil, Cizur Menor, 2014, pp. 315 y ss.

Vergez: La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la "propuesta de Código Mercantil", RDM, 292, 2014 pp. 11 y ss.

Vergez: El Derecho Mercantil ante la Constitución Española, en AAVV: "Lecturas sobre la Constitución", vol.II, Madrid, 1978, pp.493 y ss.

Yzquierdo: La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut y sus efectos sobre el Derecho civil (y mercantil) español, RDM, 294, 2014, pp. 13 y ss.

Yzquierdo: Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil, La Ley, 8439, 11 de diciembre de 2014.

Yzquierdo: El Anteproyecto de Código Mercantil y los pecados capitales, en <http://hayderecho.com/2014/06/30/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-y-los-pecados-capitales/>

Maquetación:

Secretaría General Técnica
Subdirección General de Documentación y
Publicaciones

Enlaces de contacto:

Contacto Boletín
Normas de publicación en el Boletín del Ministerio
de Justicia
Suscripción al Boletín

