
Con este artículo de la profesora M^a Paz García Rubio comienza la publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia de una serie de trabajos que tienen por objeto enriquecer el debate sobre la nueva codificación emprendida por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, en 2009, con la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, y por la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación aprobado por el Consejo de Ministros en mayo de 2014, como Anteproyecto de Ley, iniciando una tramitación tan compleja como interesante que, en último término, avoca a una actualización del conjunto del Derecho privado español y, en especial, del Libro IV del Código Civil.

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXIX

■ Núm. 2178

■ Mayo de 2015

ESTUDIO DOCTRINAL



**La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del
Anteproyecto de Código Mercantil en materia de
obligaciones y contratos**

María Paz García Rubio



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

La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos*

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Miembro fundador del Grupo Actualiza

Resumen

El Anteproyecto de Código Mercantil crea un concepto extraordinariamente amplio de lo «mercantil». A esto se añade la inclusión de un libro sobre parte general de las obligaciones y contratos mercantiles y otro sobre contratos mercantiles en particular, que, de ser aprobados, relegaría al Derecho civil una función meramente residual. Esta opción, motivada por el deseo confesado de garantizar que algunas Comunidades Autónomas no puedan legislar en materia contractual, a fin de preservar la unidad de mercado, presuntamente amenazada, es inédita en el marco comparado más relevante, no se justifica desde el punto de vista técnico y es además, en opinión de la autora, inconstitucional. Por ello se aboga por la retirada de ambos libros y la recodificación de la materia de forma unificada en su seno natural, que es el Código civil.

Abstract

The Draft Commercial Code creates an extraordinarily wide concept of the term «commercial». The inclusion of a book on general part of the commercial obligations and contracts, and another book on particular commercial contracts, if approved, would relegate the branch of Civil law

* Este trabajo se corresponde con la versión escrita de la conferencia impartida el 23 de marzo de 2015, en la Real Academia Sevillana del Notario. Quede constancia de mi agradecimiento por la invitación, como miembro del Grupo Actualiza.

to a merely residual function. This option is motivated by the confessed desire to ensure that some Autonomous Communities would not be able to legislate in contractual matters, in order to preserve the unity of the market, allegedly threatened. It is an unprecedented option in comparative law, not justified from the technical point of view and it is also, in the author's opinion, unconstitutional. Therefore, the author advocates for the removal of both books and the recodification of the matter in a unified way in their natural place, which is the Civil Code.

Palabras Clave

Derecho mercantil, Derecho civil, Derecho de obligaciones y contratos, codificación, bases de las obligaciones contractuales.

Key Words

Commercial Law, Civil Law, Contract Law, Codification, «bases of contract obligations».

Sumario

- I. Presentación del problema.
- II. Crítica a la doble codificación del derecho de obligaciones y contratos.
- III. La situación que se puede crear de seguir adelante con el APCM.
- IV. ¿Qué debería hacerse? ¿Codificar o no codificar? ¿Qué tipo de códigos?.
- V. A modo de conclusión y propuesta.

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA.

Pocos pueden dudar de la profunda renovación que se viene produciendo en las últimas décadas en el antes estable y seguro mundo del Derecho de Obligaciones y Contratos. La aparición de normas transnacionales de distinta naturaleza que aproximan soluciones entre los principales sistemas comparados –básicamente entre el *common law* y el *civil law*–, así como la «recodificación» de la materia, singularmente en muchos de los países de la tradición continental o del *civil law* son, probablemente, las dos muestras más señeras de esa intensa renovación.

No es mi intención detenerme en esta sede en el estudio de esos textos nuevos o renovados que han cambiado la faz del moderno Derecho contractual de nuestro entorno, aunque para tener cabal conciencia de lo que se dirá a continuación no está de más recordar que, por lo que a los de dimensión transnacional se refiere, destacan sobre todos la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (CSGI), los Principios Unidroit, los Principios de Derecho Europeo de contratos (o Principios Lando), el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) y la recientemente retirada, aunque parezca de manera provisional, Propuesta de Reglamento de compraventa europea (CESL). Esta enumeración pone ya claramente de manifiesto la heterogeneidad de los textos, tanto por su procedencia como por su eficacia jurídica, si bien ha de decirse que todos ellos, en una medida no pequeña, son descendientes de la citada CSGI, por lo que no es de extrañar que algunos autores (*v.gr.* Vogenauer) aprecien la existencia de un buen puñado de verdaderos principios comunes a todos los textos aludidos. Entre los Códigos nacionales, todos ellos civiles, que han modernizado su contenido siguiendo en buena medida los mismos parámetros que los textos citados, destacan el Código civil holandés (en realidad un Código unificado), que en la parte que nos atañe procede de 1992, y el BGB, completamente renovado por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos que entró en vigor en 2002; a estos conviene añadir la referencia a los nuevos Códigos civiles que en el ámbito europeo se ubican preferentemente en los países orientales, aunque también es destacable la publicación de nuevos Códigos civiles en el continente americano, como el de Québec, de 1994; el de Brasil, en vigor desde enero de 2003, y el reciente Código Civil y Comercial de la Nación, argentino de 2014. Además, no puedo dejar de mencionar que se halla ya en avanzado grado de elaboración el texto destinado a la modernización del Código francés (*Projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2015), así como el correspondiente

a la Parte General del Código suizo de las Obligaciones (en previsión de lo que será el Código de 2020).

Por seguir con las puntualizaciones que nos permitirán comprender mejor todo el desarrollo posterior, conviene dejar claras desde este momento tres ideas: la primera, que en las normas transnacionales mencionadas no se distingue la dicotomía civil/mercantil, división que por lo demás es desconocida o, cuando menos, irrelevante en el mundo del *common law*, que tanto ha influenciado los textos transnacionales antes citados; la mención a las mercaderías del CISG, o que los Principios UNIDROIT se llamen de los contratos comerciales internacionales no significa otra cosa que su ámbito de aplicación no se extiende a las relaciones con consumidores.

La segunda idea a resaltar es que en los procesos de recodificación nacional que se han mencionado la renovación del Derecho de Obligaciones y Contratos se ha producido, o bien en los Códigos civiles, o en Códigos que, como el muy reciente argentino, provocan precisamente la unificación del Derecho contractual hasta entonces recogido en dos textos, el civil y el mercantil, situación bien conocida desde hace tiempo en Europa y de la que es ejemplo señero el Código italiano de 1942.

La tercera idea que deseo destacar es que, precisamente al hilo de este proceso renovador, no han sido ni mucho menos anecdóticas las opiniones de juristas de procedencia diversa que han mostrado opiniones refractarias a la idea de codificar de nuevo este sector del Derecho privado, por considerar que codificar es un modo trasnochado de legiferar, que ya no sirve para los convulsos y cambiantes tiempos que vivimos o que, en cualquier caso, no sirve para todas las materias que componen el que podemos llamar Derecho privado patrimonial. Curiosamente, tampoco han faltado opiniones de juristas procedentes de la tradición del *common law* que miran con simpatía la codificación del Derecho de contratos no solo a nivel nacional, sino también europeo.

Ante este panorama y con las premisas indicadas, cumple preguntarse a continuación qué se ha hecho en España para renovar nuestro Derecho de obligaciones y contratos, si es algo se ha hecho. De nuevo, a fin de ordenar la exposición inmediata la dividiré en tres partes, en las que me propongo (1) recordar lo que se ha hecho hasta el presente; pasaré después a (2) cuestionar si eso que se ha hecho o que se está haciendo es lo que debería hacerse y, presupuesta la negativa a la pregunta anterior que, ya anticipo, es la respuesta que yo daría, terminaré preguntando (3)

qué debería hacerse para que el camino de nuestro moderno Derecho de obligaciones y contratos tuviera la mejor trazada.

Comenzando por la tarea de recuerdo, hay que señalar que para modernizar la legislación española en esta materia, básicamente contenida en dos Códigos decimonónicos (1885, el de Comercio y 1889, el Civil) y en multitud de leyes especiales, algo se ha hecho. Me limito a mencionar ahora algunas reformas parciales y fragmentarias acometidas por imposición de la Unión Europea en temas concretos, como sucedió en materia de condiciones generales de los contratos o de remedios ante el incumplimiento en los contratos de compraventa de bienes de consumo y, por centrarme solo en los textos que pretenden tener un alcance más general, simplemente cito los principales resultados producidos hasta la fecha en forma de trabajos prelegislativos, sin perjuicio de que más adelante me detenga en ellos con un cierto pormenor. Son básicamente tres, enumerados por orden cronológico: el primero, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y publicada en 2009; en segundo lugar, también en el ámbito estatal, el Anteproyecto de Código Mercantil, elaborado por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, presentado como Propuesta en 2013 y como Anteproyecto de ley en mayo de 2014; finalmente, en tercer lugar y en un ámbito autonómico, el Libro Sexto del CCCat relativo a las Obligaciones y Contratos, publicado para información pública en julio de 2014 y publicado en el «BOPC» el 25 de febrero de 2015.

De la simple enumeración realizada se puede deducir que la situación no tiene parangón en el concierto comparado; los tres cuerpos legales mencionados con los que se pretende construir nuestro moderno Derecho de contratos han sido elaborados por órganos distintos y sin ninguna coordinación entre ellos: respectivamente, por las Secciones Primera y Segunda de la CGC y por los órganos técnicos de la Generalitat de Cataluña encargados de desarrollar el Derecho civil catalán; se han hecho además tomando opciones opuestas en temas claves (distribución competencial territorial y material, por citar el más relevante), a veces repitiendo con ligeros matices algunas opciones técnicas (por ejemplo, en materia de compraventa de bienes muebles) o tomando, en otras, caminos radicalmente encontrados sin ninguna justificación (por ejemplo, en el contrato de servicios).

No es difícil anticipar que tal descoordinación será fuente segura de problemas, los cuales además se vislumbran como potencialmente muy graves no solo desde el punto de vista técnico, sino también, y sobre todo,

desde el punto de vista práctico, esto es, en el trabajo diario de los operadores jurídicos.

Puesto que también me he comprometido a dar, en tercer lugar, una visión prospectiva, anticipo mi opinión acerca de que la mejor manera de modernizar este sector del ordenamiento jurídico español consiste en elaborar un nuevo Derecho de obligaciones y contratos que, por tradición y por sistemática, debería estar en el Código Civil español; junto a él habrían de situarse una serie de leyes que pudieran, en su caso, llamarse códigos sectoriales en ciertas materias convencionalmente civiles (arrendamientos rústicos y urbanos, por ejemplo), o en distintas materias tradicionalmente tildadas de mercantiles (estatuto del empresario, sociedades, propiedad industrial, marítimo, cambiario, etc.). Advierto ya que, aunque para ambas cosas –general y sectorial– haya utilizado la palabra «código» no lo hago en el mismo sentido; dicho de otro modo, el significado del término «código» no es unívoco y aquí lo he utilizado en dos acepciones diferentes.

Tengo que aclarar también desde el principio que mientras la configuración del Estado español sea la que es y se mantengan las actuales reglas del juego, el Código civil de Cataluña o de cualquier otra Comunidad Autónoma no podrá regular legítimamente materias que se correspondan con lo que en la Constitución española son «bases de las obligaciones contractuales», por ser esta materia civil competencia exclusiva del Estado. Añado que esas bases han de concretarse normativamente y han de estar en el Código Civil.

Pasaré a continuación a justificar mi punto de vista, que en sus grandes trazos coincide con el de los miembros del Grupo Actualiza para la Modernización del Derecho Privado, al que me honro en pertenecer.

II. CRÍTICA SOBRE LA DOBLE CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

La necesidad de virar la dirección que se ha seguido hasta ahora para poner al día el Derecho de obligaciones y contratos en la legislación española deriva no solo de la descoordinación de los trabajos prelegislativos que ya he denunciado, sino también de la situación en la que estos se hallan. Para empezar, la Propuesta de Modernización del CC presentada en 2009 por la Sección Primera CGC duerme el sueño de los justos, sin que parezca interesar demasiado que llegue a convertirse en un futuro inmediato en algo más que un trabajo de expertos; no

obstante, conviene advertir de que la Sección sigue trabajando en la materia, haciéndolo con especial ahínco en algunos tipos contractuales como el contrato de servicios o el de préstamo. Por su parte, es conocido que el Anteproyecto de Código Mercantil (APCM) es el resultado del encargo ministerial hecho en 2006 a la Sección Segunda de la CGC; en su inicial fórmula de Propuesta, hecha pública en 2013, tenía casi dos mil artículos, extensión que fue un poco podada en el Anteproyecto presentado en 2014. El APCM incluye materias tan heterogéneas como el estatuto del empresario, las sociedades mercantiles, el derecho de la competencia, la propiedad industrial (pero no la intelectual), las obligaciones y contratos, los títulos valores o la prescripción y la caducidad. No voy a analizar este contenido, pero si me detendré con un cierto detalle en el nuevo concepto de «mercantilidad» que, alejado de cualquier precedente histórico o pragmático y absolutamente desconocido en el panorama comparado, pretende ser introducido en nuestro Derecho por el nuevo texto elaborado en la Sección Segunda de la CGC.

El APCM aprobado en mayo de 2014 parte de un concepto desbordante y omnicompreensivo del Derecho mercantil que se pretende equiparar a la regulación del «*derecho privado propia del mercado*» (EM I-9), mercado definido como el «*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*» (EM 1-10), protagonistas del tráfico a los que denomina «operadores del mercado»; no obstante, posteriormente la misma Exposición de Motivos de donde se han extraído literalmente esas palabras se desmiente a sí misma cuando afirma que la materia mercantil alcanza a «*las relaciones de estos operadores de mercado entre sí y con los consumidores*» (EM I-13); todas ellas son afirmaciones chocantes por más de una razón. Destaco de inicio la sorpresa que causa que en este APCM un Derecho pensado y formulado para atender a las necesidades de los comerciantes y empresarios pase a ser el parámetro de orientación de las relaciones de consumo y el Derecho supletorio de la LGDCU que la propia Exposición de Motivos declara expresamente vigente (EM I-13 y I-34) aun tras la publicación del hipotético nuevo Código Mercantil. Por otro lado, sorprende también que, con la concepción señalada, se expulsen del mercado a las ofertas y demandas de bienes y servicios y las relaciones jurídico–patrimoniales que relacionen a los sujetos particulares («no operadores del mercado», dirían algunos) entre sí, sin que en ningún momento se expliquen las razones de esta expulsión, pues, desde luego, nadie puede negar que aunque no sean las más numerosas ni las más importantes económicamente, también se realizan en el mercado, y si no que se lo pregunten al nada despreciable

número de sujetos particulares que adquieren bienes y servicios de otros particulares aprovechando las posibilidades que dan las nuevas tecnologías.

Incluso en el APCM se han enfatizado algunas afirmaciones en el sentido indicado, radicalizando su postura en relación con la Propuesta de Código Mercantil; así, por ejemplo, cuando en la EM I-12 *in fine* se dice, respecto a la consideración como operadores del mercado de los científicos, artistas u otros profesionales liberales que ejercen actividades en el mercado, que «Esta equiparación se ha producido ya no solo en el Derecho de la Unión Europea, que forma parte de nuestro Ordenamiento, sino en el de origen estatal, como sucede con el Derecho industrial y el Derecho de protección de los consumidores». A pesar de la torticera insinuación, conviene advertir alto y claro que no es cierto que los contratos celebrados por esas personas en el seno de la UE sean mercantiles, ni que lo sea el Derecho de protección de los consumidores, a pesar de que el mismo APCM lo vuelva a decir al inicio del EM I-13: «Desde el punto de vista objetivo, las relaciones de estos operadores del mercado entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil».

Consecuente con ese punto de partida, el APCM incluye en su seno, además de otras materias que no interesan a los fines de este trabajo, lo siguiente: un libro IV destinado a lo que rubrica como «De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general»; un libro V denominado «De los contratos mercantiles en particular», y finalmente un libro VII destinado a regular la prescripción y la caducidad. Pues bien, con una imagen que se me antoja muy expresiva y a la que ya me he referido en otra ocasión al tratar este mismo tema, creo que con este planteamiento maximalista el APCM somete el Derecho de obligaciones y contratos español a una verdadera «tortura del lecho de Procusto»¹.

¹ Procusto era el apodo del mítico posadero de Eleusis, una famosa ciudad de la antigua Grecia donde se celebraban los ritos misteriosos de las diosas Deméter y Perséfone. Era hijo de Poseidón, el dios de los mares, y por eso su estatura era gigantesca y su fuerza descomunal. Su verdadero nombre era Damastes, pero le apodaban Procusto, que significa «el estirador», por su peculiar sistema de hacer amable la estancia a los huéspedes de su posada: Procusto les obligaba a acostarse en una cama de hierro, y a quien no se ajustaba a ella, porque su estatura era mayor que el lecho, le serraba los pies que sobresalían de la cama; y si el desdichado era de estatura más corta, entonces le estiraba las piernas hasta que se ajustaran exactamente al fatídico catre. Según algunas versiones de la leyenda la cama estaba dotada de un mecanismo móvil por el que se alargaba o acortaba según el deseo del verdugo, con lo que nadie podía ajustarse exactamente a ella y, por tanto, todo el que caía en sus manos era sometido a la mutilación o el descoyuntamiento. Procusto terminó su malvada existencia de la misma manera que sus víctimas: fue capturado por Teseo, que lo

Esta hiperextensión de la «mercantilidad», denunciada por numerosos especialistas desde la publicación de la Propuesta de Código Mercantil, especialistas entre los que se encuentran, como parece natural, la mayor parte de los civilistas pero también numerosos mercantilistas (Gondra, por ejemplo), ha sido además recientemente evidenciada por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre dicha Propuesta, emitido a finales del mes de febrero de 2015. El órgano consultivo estima en diversos pasajes que los autores del APCM se han excedido en su concepción de lo «mercantil»; cito, a título de ejemplo, uno de esos pasajes, donde se afirma: «...debe revisarse otra de las grandes directrices del proyectado nuevo Código Mercantil, cual es la de calificar de mercantiles un gran número de actos por el mero hecho de que en ellos esté presente y sea parte un operador del mercado. Esta directriz es especialmente desaconsejable, ya que supone una injustificada extensión del ámbito de lo mercantil y distorsiona gravemente las relaciones que deben existir entre la legislación general civil y la legislación especial mercantil. De hecho, esa orientación del Anteproyecto supone trasladar al Derecho Mercantil infinidad de cuestiones y contratos que han venido siendo y son actualmente civiles, y respecto de los que no existen datos que justifiquen mudar su naturaleza y transformarlos en mercantiles. Un ejemplo especialmente gráfico es el de una simple y sencilla compraventa en un establecimiento mercantil, caso paradigmático de compraventa civil que, sin embargo y de seguirse el criterio de atribución de mercantilidad por el solo hecho de que sea parte un operador del mercado, pasaría a convertirse en compraventa mercantil, sin que existan, sin embargo, datos que avalen semejante transformación...».

Ante la evidencia de la extensión hiperbólica de la mercantilidad en el nuevo texto propuesto, no cabe sino preguntarse por qué han hecho esto los autores del APCM, pregunta que encuentra respuesta directa en la propia Exposición de Motivos: 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. Aunque este fundamento se repite machaconamente a lo largo de toda la Exposición de Motivos del APCM, me permito ahora reproducir aquí, como mera muestra, la frase contenida en la EM.I-9 *in fine*, que además no estaba en la Propuesta inicial y que literalmente señala que «No hay

acostó en su camastro de hierro y le sometió a la misma tortura que tantas veces él había aplicado.

obstáculo más nocivo para esa unidad que la diversidad jurídico-privada de la materia mercantil». Con la premisa antedicha –necesidad de amparar la unidad de mercado para la que es nefasta la diversidad legislativa en Derecho privado–, escudándose en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil *ex* artículo 149.1.6.^a CE, y bajo la hipótesis de que únicamente a través del ejercicio de tal competencia se salvaguarda esa unidad de mercado, la nueva concepción de lo mercantil trata en realidad de impedir que las Comunidades Autónomas puedan legislar en materia de obligaciones y contratos lo cual, por hipótesis, podrían hacer a través de su legislación civil en los términos del artículo 149.1.8.^a CE.

Pues bien, no puedo dejar de decir que todo esto es más que cuestionable por muchas razones, entre las que sintetizaré aquí las principales.

La primera, por las dificultades para concretar qué es exactamente la unidad de mercado, como bien demuestra la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, llamada precisamente de garantía de la unidad de mercado, cuya Exposición de Motivos comienza señalando que «la unidad de mercado constituye un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española», pero ni lo define, ni alude a él como un principio jurídico.

La segunda, porque a pesar de que quienes auspician este nuevo APCM digan, con pleno convencimiento, que la exigencia de uniformidad normativa privada es algo «obvio» y «evidente» para garantizar la unidad de mercado, basta pensar en lo que sucede actualmente en dos mercados bastante unidos, cuales son la Unión Europea o USA para ver que esto no es así.

La tercera porque, supuesto que esa unidad normativa en materia contractual fuera un objetivo deseable, la «legislación mercantil» recogida en el artículo 149.1.6.^a CE no es, ni la única vía para lograrla ni, con toda probabilidad, la más acorde con el texto constitucional, el cual no solo recoge en el artículo 149.1.8.^a la competencia exclusiva del Estado en relación a las «bases de las obligaciones contractuales», sino que tiene también en otras materias instrumentos destinados a garantizar, desde diversos puntos de vista, el funcionamiento del mercado nacional. A esto se refiere también el ya citado Dictamen del Consejo de Estado cuando de manera palmaria denuncia el intento espurio, por parte del legislador mercantil, de hacerse con la exclusividad en la salvaguardia de la unidad de mercado, al señalar que «Por eso mismo, corresponde a otros ámbitos

de nuestro ordenamiento jurídico colaborar también a esa garantía de un mercado único desde sus propios postulados específicos».

La cuarta, porque tal concepto expansivo de la materia mercantil es radicalmente opuesto a las ideas de los mercantilistas más señeros del siglo XX (Garrigues, Girón Tena, o Aurelio Menéndez, por citar solo algunos de los principales), contrario a las tesis de los teóricos de la codificación más reputados (Natalino Irti, entre otros), así como totalmente discrepante de la experiencia legislativa de nuestro entorno jurídico, tanto nacional como internacional, como ya dije al inicio de este trabajo cuando me referí a la intrascendencia de la diferencia entre civil y mercantil en textos como la CISG, los Principios UNIDROIT, los Principios Lando, el DCFR, o el CESL, así como al reflejo de sus normas en los Códigos modernizados que, en punto a lo que nos ocupa, han sido en todo caso Códigos civiles (o Códigos unificados, como el holandés o el argentino).

La quinta y principal razón por la que cuestiono todo el planteamiento que hace el APCM es porque su opción confesada, pretendiendo la transformación de la práctica totalidad del Derecho de obligaciones y contratos español en Derecho mercantil, es claramente inconstitucional por varios motivos que a continuación sintetizo.

En primer lugar, porque la propia CE reconoce que el Estado y algunas CCAA tienen algunas competencias en materia «contractual»; lo hace cuando reserva al Estado en el artículo 149.1.8.^a, y por tanto en sede de legislación civil, únicamente las «bases de las obligaciones contractuales», pero no toda la materia contractual; justo lo 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—.

Frente a este argumento que ya he tenido ocasión de exponer en otros lugares, algunos reputados colegas que avalan el APCM y avalan asimismo su constitucionalidad oponen la tesis según la cual el artículo 149.1.8.^a CE estaría referido únicamente a las bases de las obligaciones contractuales civiles, mientras que las obligaciones contractuales mercantiles, en lo básico y en lo no básico, estarían recogidas en el artículo 149.1.6.^a CE, de suerte que ambos títulos configurarían dos materias diversas y totalmente separadas, sin punto secante alguno; se llega incluso a afirmar que el Derecho mercantil es un sub-ordenamiento diferenciado dentro del Derecho privado, diferenciación que además vendría impuesta por la Constitución (tesis defendida con ahínco por C. Alonso Ledesma).

Por mi parte resalto que, sin perjuicio de la distorsión que produce que el texto constitucional utilice como títulos competenciales meros criterios académicos, que por eso mismo son siempre discutibles y tendencialmente cambiantes, lo cierto es que una vez que lo hace, mezclándolos además con otros de muy distinta naturaleza, no cabe ninguna duda de que los distintos títulos habilitantes no son compartimentos estancos sin posibles yuxtaposiciones y coincidencias, como ha declarado el Tribunal Constitucional en muy numerosas ocasiones (*v.gr.* en materia de normas relacionadas con la protección de los consumidores, donde hay una rica doctrina constitucional). Muy al contrario, los títulos habilitantes muchas veces se solapan, se superponen y hasta se confunden, al menos parcialmente; me pregunto si los mismos que mantienen la radical separación entre los dos títulos mentados afirmarán también, en línea coherente con lo que defienden respecto a la dicotomía civil/mercantil que, por ejemplo, no es mercantil la propiedad industrial porque está en el 149.1.9.^a y no en el 6.^a del texto constitucional. No tiene sentido, por otro lado, mantener apriorísticamente que existen unas bases de las obligaciones mercantiles autónomas en el artículo 149.1.6.^a 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. En fin, como ya he dicho en otro lugar, la norma sobre obligaciones contractuales, si es básica, habrá de ser una norma civil ex artículo 149.1.8.^a CE y, por ello, bajo esta calificación, competencia exclusiva del Estado.

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 las materias constitucionalmente establecidas (especialmente en STC 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; además de que, como también ha declarado el Tribunal Constitucional «las distintas identificaciones competenciales carecen de efectos vinculantes para el Tribunal, pues el orden de competencias y la definición de las que, en cada caso, se ejerzan, no pueden quedar a merced de las alegaciones de las partes, sino que deben ser determinadas en atención a los criterios objetivos que sobre cada materia establecen la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las Leyes a las que éstos y aquella remitan» (STC

69/1988). Es cierto que cuando el legislador justifica el título competencial en el que se ampara para dictar una norma con rango legal está presuponiendo un determinado ámbito de la materia, pero es igualmente cierto que ese fundamento competencial no es vinculante y definitivo, pues está sometido al mismo control de constitucionalidad que el resto de la ley en cuestión, de suerte que solo el Tribunal Constitucional está legitimado para señalar si la opción competencial ha sido o no la correcta, y en su caso cuáles son los límites de esta.

En definitiva y para sintetizar el mensaje que trato de transmitir: se debe subrayar que el legislador estatal no puede imponer al navarro, al catalán o a cualquier otro autonómico su propio concepto de la materia mercantil ex artículo 149.1.6.^a CE con la pretensión de que dicho concepto tenga validez *erga omnes*. Por ello carecen de sentido afirmaciones como la contenida en el punto VI-32 de la Exposición de Motivos del APCM cuando dice que «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»; la vocación puede ser unilateral, pero no cabe en ningún caso imponérsela a otros.

Con lo expuesto hasta aquí creo haber dejado claro por qué el punto de arranque y el contenido del APCM presentado en 2014 en lo relativo a las normas sobre obligaciones y contratos no parece el mejor de los caminos para lograr que este sector de nuestro ordenamiento se coloque en el punto de modernidad y racionalidad por todos deseado. Sorprende por ello la insistencia de los miembros de la Sección Segunda de la CGC en seguir con la idea inicial. En efecto, los autores de la iniciativa no han tenido empacho en abandonar, con relación a lo que habían previsto en la Propuesta presentada en 2013, parcelas claramente mercantiles, al menos en cualquiera de sus sentidos más tradicionales (derecho de los comerciantes, del acto de comercio, de la empresa...), pero no se han movido un milímetro en relación con la parte más sustancial de los libros V, VI y VII. Eso sí, en otras sedes ha modificado cuestiones importantes (ha sustituido su texto original por el del Ministerio de Economía en ciertos aspectos de las sociedades) y dentro de los tres libros citados han eliminado algunas de las partes que eran más genuinamente mercantiles: han suprimido los contratos de distribución o algunos contratos turísticos, así como el transporte de mercancías; sin embargo, siguen regulando instituciones generales de obligaciones y contratos o el contrato de compraventa, incluida la inmobiliaria, como cuestión mercantil siempre que en ella intervenga «un operador del mercado». Es fácil imaginar que de consolidarse esa opción se generará una duplicidad legislativa con las previsiones e instituciones del Código Civil que, a buen seguro, será

fuentes continuas de conflictos que el legislador, en lugar de prevenir *ex ante* como habría de ser su función, parece esforzarse en crear.

Por si todo lo dicho no fuera suficientemente palmario y para incrementar la incoherencia de la propuesta, el APCM sigue afirmando el carácter especial del Derecho mercantil. Pues bien, según mi parecer, tal afirmación, con el planteamiento que asume el texto citado, resulta completamente inconsistente, pues parece lógico entender que lo especial solo puede ser tal si es algo diferente de lo general. De nuevo nos sorprenden las palabras contenidas en el texto del APCM afirmando justo lo contrario, seguramente porque sus autores eran conscientes de que muchas de las normas que se pretenden incluir van a coincidir con las normas civiles presentes o futuras; basta leer algunos pasajes de la Exposición de Motivos como aquel donde se dice que «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» (EM I.36). No puedo estar más en desacuerdo con tal idea ya que, aparte del dislate técnico que supone la repetición de normas prácticamente idénticas en dos cuerpos de leyes separados, lo que sí es una obviedad es que una misma norma no puede ser a la vez general y especial, al menos así será si se conocen bien ambos conceptos, diseñados por algunos teóricos de la norma. Para recordarlos me permito la referencia a N. Irti y su espléndida explicación de la relación entre norma general y norma especial; el autor italiano nos puso de relieve que el atributo de especialidad aplicado a una norma deriva de un juicio de comparación entre dos normas ligadas por una relación de género a especie, de suerte que las notas de la norma general deben encontrarse en la norma especial y que esta última añade, además, una nota ulterior; traducido al lenguaje formal, en la norma general el esquema lógico sería «Si es A entonces B», mientras que en una norma especial tal esquema se traduciría en «Si es A + a, entonces B+b». El elemento diferencial de ambos tipos de normas está tanto en el supuesto de hecho (A/A+a), como en los efectos de la norma (B/B+b). Si las normas que regulan, por ejemplo, los tratos preliminares, o los remedios del incumplimiento, o la compraventa civil son las mismas que regulan esos mismos temas en el ámbito mercantil, es que no hay especialidad alguna y, en consecuencia, estas segundas carecen de razón de ser.

Es evidente que el concepto de norma especial que he diseñado no se compadece con el de norma de naturaleza mercantil sustentado por el APCM como equivalente a la norma que se halle en él contenida, y que

permite que la regla en cuestión sea idéntica a la que pudiera existir en el Código Civil. Es más, si prácticamente la totalidad de la actividad económica de naturaleza privada se somete a la norma mercantil y solo se deja para la civil la que está (*sic*) fuera del mercado (las relaciones entre sujetos particulares, o si se prefiere con una óptica «mercantilista», entre quienes no son «operadores de mercado»), claramente se subvierte la clásica relación entre norma civil/norma mercantil como equivalente a norma privada general/norma privada especial, pues ahora lo más general parece ser precisamente la mercantil, lo cual, si se me perdona, es un gran disparate técnico. Permítase que retóricamente les pregunte ¿si se llega a publicar un Código mercantil en estos términos pasará ahora a ser el mercantil el Derecho común? ¿en qué sentido, como Derecho general, como Derecho supletorio? ¿deroga también este nuevo concepto de lo mercantil el artículo 4.3 del CC?

Pero, si esta es la situación en los casos en los el APCM repite, o se anticipa que puede repetir, lo dicho por la norma civil correspondiente, no es ni mucho menos más atractivo el panorama en aquellos supuestos, que también pueden darse con el contenido actual del texto que analizamos, en los que sin aparente razón estimable que lo fundamente, los criterios seguidos en él y los que pueden llegar a adoptarse en un futuro Código Civil modernizado pueden ser muy divergentes e incluso radicalmente opuestos. Voy a poner un ejemplo que se me antoja muy significativo: en el APCM se acoge con devoción la diferencia entre obligaciones de medios y de resultado (art. 415-2 APCM); como es sabido se trata de una división doctrinal nacida hace décadas, desarrollada sobre todo por la doctrina francesa y que tuvo bastante predicamento en la última parte del siglo XX, de suerte que se convirtió entonces en una *summa divisio* de las obligaciones de hacer (para algunos también de las de dar); según esta concepción, que la obligación fuera de resultado implicaba que el tipo contractual sería el de obra; que fuera de medios conllevaba que estábamos ante un contrato de servicios. Esta es precisamente la opción que se adopta en el Libro V del APCM, donde se regulan como dos tipos contractuales diversos el contrato de obra por empresa, por un lado, y el contrato de servicios mercantiles, por otro; la Exposición de Motivos del APCM (EM VI-58) se refiere a ello destacando como mérito que se proceda «a regular el contrato de obra de forma independiente del contrato de servicios, evitándose con ello los inconvenientes que genera la tradicional inclusión de ambas figuras bajo un único régimen jurídico, opción esta que tiende a desdibujar los perfiles normativos del contrato de prestación de servicios». Sin embargo, curiosamente los últimos textos del que venimos considerando moderno

Derecho contractual (DCFR o CESL) han superado esta visión dilemática, estimando que cualquier obligado a un hacer se compromete en una medida o en otra a obtener un resultado y que el que este no se obtenga es un problema de imputación de la responsabilidad, no de objeto del contrato. En consecuencia, estos textos mantienen (sobre todo el DCFR) un concepto genérico de contrato de servicios, del que la obra sería una o varias especies (construcción, transformación, etc.); pues bien, esta última postura es también la que adopta el Anteproyecto de contrato de servicios que ha elaborado la Sección Primera de la CGC con vistas a la modernización de esta materia en el Código Civil, texto que sigue muy de cerca el DCFR y en la que el contrato de servicios englobaría al de obra.

Como ven en el ejemplo propuesto ambos textos, pretendidamente destinados a formar parte, respectivamente, del Código Mercantil y del Código Civil, toman opciones contrapuestas sobre una determinada figura, en este caso, el contrato de servicios; no se trata de que el Derecho mercantil precise en este punto de una norma especial distinta de la civil, sino de un problema de concepción del tipo contractual, que en uno y en otro texto se inspiran en dos modelos distintos; así las cosas ¿qué sentido tiene que un contrato de servicios apellidado mercantil (prescindiendo ahora del criterio utilizado para darle el apellido) sea algo radicalmente distinto de un contrato de servicios civil? Pues precisamente a tal disparate podemos llegar con los mimbres que ahora tenemos.

III. LA SITUACIÓN QUE SE PUEDE CREAR DE SEGUIR ADELANTE CON EL APCM.

A tenor de todo lo dicho cuesta pensar que estas ocurrencias, contradicciones, licencias técnicas y todo lo demás que se ha puesto de relieve, pasen a justificarse en aras del cumplimiento de una misión puramente política, cual es la de evitar cualquier legislación civil sobre obligaciones y contratos procedente de las Comunidades Autónomas. Pero de nuevo hago otra pregunta retórica ¿de verdad alguien cree razonablemente que se va a solucionar el problema político subyacente utilizando una vía a todas luces tan desleal con el sistema jurídico y político derivado de la Constitución y, curiosamente, tan en consonancia con el exceso competencial por parte de algunas Comunidades Autónomas que los propios autores del APCM denuncian?

Que la respuesta a la pregunta antecedente es claramente negativa se pone de manifiesto con la simple cita del *Anteproyecto de Libro VI del CCCat*, sometido por Edicto de la Generalitat a información pública el 16

de julio de 2014, y por tanto publicado de forma prácticamente coetánea a la presentación como Anteproyecto del nuevo CM, ya publicado en el «BOPC» de 25 de febrero de 2015. Baste señalar que el propio Anteproyecto catalán establece la estructura de este Libro VI (artículo 2) que «inicialmente» tiene tres títulos: respectivamente Título I, relativo a las disposiciones generales, en la que se propone la regulación de las partes generales de obligaciones y contratos, con expresa mención a la toma en cuenta de los principios que informan la contratación de los consumidores; Título II, referente a los diferentes tipos contractuales, y Título III, relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones. Aunque en esta primera fase solo se pretende la aprobación el Título II, en el que se incluyen las normas sobre el contrato de compraventa (incluida expresamente la compraventa de consumo), la permuta, así como la incorporación de contratos regulados en leyes especiales o en la Compilación de Derecho civil de Cataluña (los contratos agrarios, los contratos aleatorios, los contratos de cooperación y los contratos de financiación y garantía), sedes que ahora pretenden ser sustituidas por el CCCat; obvio es decir que todos ellos son, a juicio del legislador catalán, contratos civiles.

Es indudable que con este panorama, de seguir adelante con la tramitación del APCM y del CCCat y una vez publicados ambos textos, al menos durante un tiempo que no se anticipa precisamente corto, la situación de nuestro Derecho privado patrimonial sería particularmente inestable. Para superarla deberíamos esperar al pronunciamiento eventual del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del APCM, por un lado, y/o del Libro VI CCCat., por otro, a fin de que nos aclarase qué legislador o legisladores han actuado de conformidad con la CE y quién se ha excedido en sus funciones amparándose en títulos competenciales no idóneos. Mientras tanto todos habríamos de pagar los costes planteados por la situación de incertidumbre creada, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica y, con toda probabilidad, de potenciales contratantes que tratarían de huir a sistemas jurídicos más claros y seguros.

IV. ¿QUÉ DEBERÍA HACERSE? ¿CODIFICAR O NO CODIFICAR? ¿QUÉ TIPO DE CÓDIGOS?

Para no alargarme en demasía y dando respuesta directa a la pregunta de la rúbrica, entiendo que la parte general del Derecho de obligaciones y contratos, así como las reglas generales de los principales tipos contractuales, por su función «principalista», su carácter informador y su relativa estabilidad, pueden y deben, según nuestra tradición jurídica,

estar en un Código; un Código que podría ser de Obligaciones y Contratos siguiendo el modelo suizo, o según lo que considero preferible, ubicarse en la parte correspondiente del Código Civil, al modo del BGB alemán tras su reforma de 2002. Las normas en él incluidas habrán de estar inspiradas en los modelos del moderno Derecho contractual tantas veces mencionados que vienen a conformar un nuevo *ius commune* transnacional, tendrán que superar la diferencia civil/mercantil como hacen esos mismos modelos y, a ser posible, deberán incluir las reglas generales de naturaleza privada –al menos aquellas más estables y generales– de protección a los consumidores, así como establecer las reglas de coordinación con las que queden fuera del Código. No soy nada original al hacer esta propuesta, pues hace ya más de diez años, el entonces presidente de la Sección Primera CGC, D. Luis Díez-Picazo, puso de manifiesto en una conferencia posteriormente publicada en el *Anuario de Derecho Civil* (2003, cf. especialmente la página 1567) cómo fue precisamente D. Aurelio Menéndez, a la sazón Presidente de la Sección de lo Mercantil, quien, con el voto favorable de dicha Sección, propuso una reforma de nuestro Derecho contractual según la cual toda la materia de obligaciones y contratos pasaría a ser objeto del Código Civil. No es fácil entender por qué entre los miembros de la Sección de lo Mercantil se ha mudado tan radicalmente de opinión, apenas transcurrida poco más de una década.

En la propuesta que aquí se hace no se trata de partir de la nada, ni de pretender la elaboración *ex novo* de un Código revolucionario al estilo del *Code* francés de 1804, ni del BGB de 1900: ni estamos en el mismo momento histórico, ni se dan las mismas condiciones, ni la codificación tiene hoy las funciones que cumplió en el siglo XIX. Los modelos que pueden servirnos de inspiración son los que son y, con todas sus limitaciones, un punto de partida útil podría ser la Propuesta de Modernización del CC de 2009 preparada por la Sección Primera de la CGC, con los cambios, complementos, reformas o aditamentos que sean precisos, pues al fin y al cabo, como he dicho anteriormente, la PMCC sigue los postulados de la CISG, los Principios Lando, los Principios UNIDROIT y, en definitiva, los textos clave de la moderna contratación.

Con el planteamiento descrito estaríamos ante un verdadero Código en el sentido propio o fuerte del término: un texto jurídico integral, innovador, en el que estarían fijados los principios informadores del sistema jurídico patrimonial, plasmados en este momento, pero con vocación de permanencia. Precisamente por ello y para que el nuevo texto gozase de cierta estabilidad y no sufriera alteraciones y cambios al hilo de cualquier decisión judicial o política o de los impredecibles avatares económicos,

con este nuevo Código podrían y hasta deberían concurrir leyes especiales relativas a cuestiones más singulares y cambiantes, como pudieran ser, entre otras, las partes de la protección a los consumidores más relacionadas con el Derecho administrativo y con los aspectos de Derecho privado de índole más coyuntural; podrían existir también leyes especiales para ciertos contratos, como los arrendamientos urbanos o rústicos, el préstamo, u otros que están más al socaire de la realidad económica; sin embargo, los tipos básicos como la compraventa, la donación o el contrato de servicios deberían estar en el nuevo Código (civil).

Este nuevo Código Civil, concebido como un depósito de principios y no como depósito de una disciplina científica, sería aplicable a todo el Derecho privado, pues en la realidad de nuestro tiempo y parafraseando al ya mencionado N. Irti, la unidad del Derecho privado no es un capricho, ni siquiera es una opción, es más bien una genuina necesidad. Así lo destaca también el Consejo de Estado en su ya reiteradamente citado Dictamen, cuando asegura literalmente: «...una correcta técnica normativa, y sobre todo, una adecuada planificación del ejercicio de la iniciativa legislativa que al Gobierno corresponde debe ubicar en el lugar que le es propio –el Código Civil– el conjunto de normas generales que, en materia de obligaciones y contratos, se consideren comunes a los ámbitos civil y mercantil y limitar al Código Mercantil aquellas disposiciones que deban recoger soluciones diferentes o previsiones específicas para el ámbito mercantil». La meridiana claridad del párrafo me exonera de ulteriores explicaciones.

Pero, sobre todo, me interesa resaltar que ese nuevo Código debe contener las «bases de las obligaciones contractuales» mencionadas en el artículo 149.1.8.^a C, las cuales por imperativo constitucional, son de competencia estatal y suponen un límite externo infranqueable por el legislador autonómico; en esas bases han de hallarse los fundamentos comunes de toda la contratación privada y no solo de la civil, los cuales constituyen un común denominador irrenunciable por el Estado (y si se prefiere, por el mercado nacional), por lo cual, de una buena vez, el legislador las tendrá que concretar. Por más que se trate de un concepto discutible o incluso permeable, el legislador estatal, que es el único competente para hacerlo, no solo puede, sino que debe cumplir con el mandato constitucional y establecer dichas bases. Aprovecho para señalar que en esas bases habrían de estar también las normas contractuales básicas que afectan al Derecho del consumo, muy necesitado en nuestro ordenamiento de simplificación, coherencia y consolidación.

Presupuesto que sí hace falta un nuevo Código Civil en materia de obligaciones y contratos, sede donde han de quedar claramente establecidas las bases de las obligaciones contractuales, es oportuno preguntarse ahora si la misma necesidad es predicable de un nuevo Código Mercantil. Mi opinión es, en este caso, negativa, fundada en las razones que paso a sintetizar.

En primer lugar, porque las dificultades de adaptación de una rama del Derecho tan permeable, cambiante y de perfiles siempre difusos como es el Derecho mercantil, a la técnica codificadora han sido puestas muchas veces de relieve por numerosos y reconocidos autores. Por añadidura, sabido es que una buena parte de las normas que conforman lo que venimos considerando Derecho mercantil en su sentido más tradicional y no en el desbordado por las recientes ocurrencias, sufre el postmoderno fenómeno que se ha denominado «legislación motorizada» (C. Schmitt), «legislación incontinente» (Ortega), «inflación legislativa» (García de Enterría), «hipertrofia legislativa» (Menéndez) y otras expresiones similares, con las que se quiere aludir a la aparición, constante, desmesurada y progresiva de nuevas normas jurídicas sobre la materia en cuestión, lo que hace escasamente compatibles los cuerpos legales contemporáneos con la idea de Código en cualquiera de sus sentidos; piénsese, si no, en las frecuentes y aceleradas reformas producidas en los últimos años en leyes como la de Sociedades de Capital o como la unificada Ley Concursal.

Por si no fuera esto suficiente, la inestable situación económica, las exigencias de la Unión Europea de decisiva influencia en materias tan importantes como las sociedades, los seguros u otros determinados tipos de contratos tradicionalmente calificados de mercantiles, así como las distintas normas públicas reguladoras de esos y otros sectores relacionados con el tráfico comercial, asemejan cada vez más lo que conocimos como Derecho mercantil a una especie de Derecho económico o Derecho del mercado, en el doble sentido de instituto jurídico y de instituto económico, con mezcla de normas públicas y privadas que son también, por las mismas razones, inestables, sumamente mudables e igualmente refractarias a la idea de Código en el sentido fuerte, esto es, como *Corpus* completo, autosuficiente y con vocación de estabilidad.

En definitiva, estimo que en el momento actual más que un verdadero Código Mercantil probablemente sería mucho más práctica la elaboración progresiva de varias leyes especiales sobre las distintas materias mercantiles necesitadas de actualización y modernización. Tales podrían ser en principio: una Ley o Estatuto del empresario, donde se podría

incluir la regulación del Registro Mercantil; una Ley de Sociedades de técnica similar a la ya existente LSC (no creo que sea mejor llamarla Código, puesto que se modifica continuamente); una Ley o Código (si se quiere) de la propiedad industrial, así como leyes o códigos de Derecho cambiario, marítimo, transportes, y de contratos mercantiles, pero mercantiles de verdad, salvo que se optase por la unificación total de las obligaciones y contratos en un cuerpo legal único, cosa que no se debería descartar. En todos los casos citados estaríamos ante textos sectoriales, leyes o códigos de los llamados de «consolidación» (doctrina italiana) o de derecho constante (doctrina francesa), técnica legislativa que otorga cierta estabilidad al continuo furor legislativo incontrolado, pero que no supone creación *ex novo* propiamente dicha o, como mucho, en la que esa labor creativa es mínima, pues lo que se pretende es, sobre todo, ordenar y clarificar las normas sobre un sector concreto del ordenamiento, aunque indudablemente de esas funciones derive también cierta dosis de renovación y reforma.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

Para rematar esta aportación me limito a exponer sintéticamente mi conclusión: los trabajos internacionales sobre la materia van en la línea de una uniformización del Derecho de contratos o, cuando menos, de una buena parte de él; la Propuesta de Modernización del CC presentada por la Sección Primera de la CGC que se inspira en esos modelos uniformizadores está estancada; el APCM elaborado por la Sección Segunda, tal y como está diseñado, es una insensatez sin parangón alguno en el ámbito comparado y, sobre todo, es inconstitucional, por lo que debe ser retirado. Por todo ello, sin duda, lo razonable sería que ambas secciones de la CGC trabajasen de modo conjunto y coordinado en la que ha de constituir tarea común de los operadores jurídicos, tarea de gran complejidad técnica e indudable trascendencia histórica: la elaboración de un nuevo Derecho privado patrimonial que nos coloque en línea con la historiografía jurídica, sin deslealtades institucionales, sin piruetas jurídicas y sin atajos políticos. Solo este camino de colaboración puede conducir a resultados homologables con los de los países de nuestro entorno.

Aunque se trata de una propuesta que hice ya pública en unas Jornadas organizadas el pasado mes de noviembre, creo que se ve ahora refrendada tanto por el contenido del Dictamen del Consejo de Estado, al que he hecho ya referencia en varias ocasiones, como por los últimos acontecimientos de este azaroso *iter* legislativo destinado a modernizar

nuestro Derecho contractual. Precisamente siguiendo los criterios del Dictamen del Consejo de Estado, el Ministro de Justicia ha ordenado la creación de la Comisión Mixta Civil/Mercantil compuesta por tres miembros de cada una de las dos respectivas secciones de la CGC; la pretensión es que en ella se haga viable una solución al problema creado por el contenido del APM en la materia que nos viene ocupando siguiendo, más o menos, los criterios señalados por el Dictamen. Del éxito de la tarea encomendada a esa Comisión mixta depende en gran medida el futuro de nuestro Derecho patrimonial y, con él, no solo el de los profesionales que trabajamos diariamente con el Derecho privado, sino también, lo que es mucho mas importante, la estabilidad y seguridad de las relaciones jurídicas patrimoniales sujetas a nuestro Derecho. Confiemos pues, por el bien común, en que los integrantes de la citada Comisión mixta sabrán cumplir con la tarea.

BIBLIOGRAFÍA

Actualiza, «Alegaciones a la Propuesta de Código Mercantil», publicadas en *ADC*, 2014, pp. 219-225.

Alonso Ledesma, C., «La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (dir), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2014, pp. 299-313.

Alfaro, J., «El Anteproyecto de Código Mercantil (I). Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil», en *Blog Derecho Mercantil*, 5 de junio 2014, (<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>).

Bassols Coma, M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*, Madrid, BOE-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Beignier, B., «Avant-propos» en *La Codificación*, dir. B. Beignier, París, Dalloz, 1996.

Bercovitz, A., «La Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación», *RDM*, 289, julio-septiembre 2013, pp. 35-42.

Bercovitz, A., «Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (dir), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2014, pp. 37-54.

Braibant, G., «La comisión supérieure de codification», en *La Codificación*, dir. B. Beignier, París, Dalloz, 1996.

Braibant, G., «Comment codifier? Le méthode», en *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine. El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*, París, 2004, pp. 275-283.

Cámara Lapuente, S., «La Codificación del Derecho del Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho

comparado)». *Revista de Derecho civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDCvol>, II, núm. 1 (enero-marzo, 2015).

Caroni, P., *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

Consejo de Estado. *Dictamen relativo al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*. Febrero, 2015.

Delgado Echeverría, J., «Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI», en Delgado Echeverría J./ Rams Albesa J., *Retos de la dogmática civil española*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2011, pp. 13-119.

Fossas Espadaler, E., «La competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales. Una aproximación constitucional», *RJC*, 2014-2, pp. 67-84.

García Rubio, M.P., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Cálamo, 2002.

García Rubio, M.P., «Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004. pp. 1939-1953.

García Rubio, M.P., «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1 (enero-marzo, 2014), pp. 7-27.

García Rubio, M.P., «Hacia un nuevo Código de Obligaciones y Contratos por el camino equivocado. Propuestas de Rectificación», en *Perspectiva Moderna de la Codificación*, Dir. E. Roca i Trías, Cizur Menor, Kluwers-Aranzadi, 2015 (pendiente de publicación).

Gete Alonso Calera, M.^a del C., «Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4 (octubre-diciembre, 2014), pp. 27-65.

Gómez Pomar, F., *Editorial de Indret*, 2013.

Gondra, J. M.^a, «La deconstrucción del concepto de Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a la Propuesta

de Código Mercantil», *RDM*, octubre-diciembre 2013, pp. 27-51. Publicado también en Liber Amicorum Juan Luis Iglesias, J. García de Enterría (Coord.), 2014, pp. 623-676.

Hurtado, A., *Abans del sis d'octubre (un dietari)*, (1934), edición anotada por Amadeu Cuito, Barcelona, 2008.

Irti, N., *L'età de lla decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.

Irti, N., «*Appunti introduttivi a seminario sui codici*», *Gir. It.*, 2001, pp. 649-652.

Muñoz Machado, S., «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 24 de enero 2015).

Oliva Blázquez, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil* vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), pp. 37-66.

Olivencia, M., «El Título Preliminar de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, Octubre-Diciembre 2013, pp. 11-25.

Olivencia, M., «Delimitación de la materia mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (dir), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2014, pp. 57-67.

Parra, M.^aA., «La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado», *Europa e Diritto Privato*, fasc. 3-2014, pp. 897-925.

Rescigno, P., «Ancora sul cinquantesimo compleanno del codice civile», en *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di M. Sesta, Milano, 1994, pp. 11 ss; «Il libro delle obbligazioni tra modernizzazione e riforma», *Riv.dir. civ.*, 2006, I, pp. 33 ss; «Le prospettive de un diritto europeo ed uniforme dei contratti», rencensió a la obra de H. MacGregor, *Contract Code, Drawn up on behalf of the English Law Commission*, (Milano 1995), publicada en *Riv.dir.civ.*, 1994, I, pp. 817 ss; los trabajos citados han sido publicados de nuevo en *Codici. Storia e geografia de un'idea*, a cura e con una nota de F. Caggia, Lecce, Laterza, 2013, respectivamente en pp.

86-102; pp. 110-121, y pp. 235-244, que han sido los consultados en este trabajo.

Rojo, A., «El Derecho Mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado», enero-marzo, *RDM*, 2014, pp. 127-142.

Quijano González, J., «Diez claves del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil» (entrevista por S. Navarro Salvador), Wolters Kluwer (España), 2014.

Recalde Castells, A., «Derecho marítimo, Derecho de la navegación, Derecho del transporte: concepto, sistema y especialidad», en *Diez Años de Derecho Marítimo Donostiarra*, Victoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2003 pp. 199-232.

Tena, R., «Un Código nuevo con odres viejos», *Revista de Derecho Mercantil*, Octubre-Diciembre 2013, pp. 69-82.

Vérger Sánchez, M., «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la nueva propuesta de Código Mercantil», *El Notario del siglo XIX*, marzo-abril, 2014, nº 54, pp. 148-151. El trabajo con algunas modificaciones puntuales se ha publicado con el mismo título en la obra *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (dir), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2014, pp. 315-326.

Vicent Chuliá, F., «La unificación del Derecho de obligaciones», *RdP*, 1999-2, pp. 21-52.

Yzquierdo Tolsada, M., «Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil» (1), *Diario La Ley*, n.º 8439, Sección Doctrina, 11 de Diciembre de 2014.

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

