

UNA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL SIN MODELO COMPARADO

María Paz GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Santiago de Compostela

Recibido 01.12.2013 / Aceptado 12.12.2013

RESUMEN: La autora del artículo critica la inclusión en la Propuesta de Código Mercantil de dos libros dedicados, respectivamente, a las obligaciones mercantiles en general y a los contratos mercantiles en particular. Dos son las razones fundamentales de esta crítica: su alejamiento de cualquier modelo comparado y su carácter contrario a la Constitución, por no respetar el reparto de competencias recogido en los arts. 149.1.6ª y 149.1.8ª de la Norma fundamental.

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

ABSTRACT: The author of the present article criticizes the inclusion of two books devoted respectively to commercial obligations in general and, to commercial contracts in particular, in the Proposal of Commercial Code. There are two fundamental reasons for this opinion: its remoteness from any comparative model and its unconstitutional character, due to its non-compliance with the distribution of powers set out in articles 149.1.6 and 149.1.8 of the Spanish Constitution.

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

La publicación y entrega al Ministerio de Justicia en el pasado mes de junio de la "Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación" (en adelante PCM) ha provocado ya numerosas reacciones que, con toda seguridad, se incrementarán en el futuro.

La trascendencia de la obra, compuesta por casi dos mil artículos, que pretenden poner al día y dar nuevo formato al Derecho mercantil español, sin duda merece la atención del jurista atento y preocupado por la marcha de nuestro más que obsoleto Derecho privado codificado. A nadie se le oculta que ni el Código de Comercio de 1885, ni el Código Civil de 1889 responden ya a las exigencias de una sociedad muy distinta de aquella para la que ambos cuerpos legales fueron concebidos.

No es pues de extrañar la pléyade de comentarios, tanto críticos como de alabanza, que vienen surgiendo al socaire de la PMC. En esta obra pretendo hacerme eco de uno que, por su particular objeto y por concitar la opinión de un buen grupo de expertos, me parece particularmente relevante. Se trata del documento presentado a la propia Sección Segunda de la Comisión de Codificación por el grupo de investigación ACTUALIZA (Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España), compuesto por profesores de Derecho Civil de distintas universidades españolas, representados en esta particular ocasión por los firmantes del documento (Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Málaga, M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona, Francisco INFANTE RUÍZ, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide, Miquel MARTÍN CASALS, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Girona, Francisco OLIVA VÁZQUEZ, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide, Teodora TORRES GARCÍA, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valladolid y yo misma, María Paz GARCÍA RUBIO, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela).

Desde el principio conviene advertir que se trata de un documento muy crítico con la PCM. No constituye, sin embargo, una enmienda a la totalidad del texto puesto que centra sus críticas en el Libro IV, relativo a las obligaciones y contratos mercantiles en general, y Libro V, referido a los contratos mercantiles en particular. No obstante, no es ocioso decir que apunta también otros motivos de rechazo del texto, referidos a cuestiones de índole general como la prescripción (Libro VII), el tratamiento de las cuestiones registrales o las referentes a la capacidad.

Como acabo de señalar, el mensaje central del documento trata de evidenciar el paso atrás que supone, tanto desde el punto de vista técnico, como desde la perspectiva

más pragmática, la inclusión en esta PCM de dos libros relativos a las obligaciones y contratos lo cual, de salir adelante, supondrá una doble regulación de la materia -o mejor sería decir una triple regulación, puesto que las relaciones entre empresarios y consumidores quedan, al decir de la PCM que las hace mercantiles para después excluirlas de su ámbito de aplicación, en un limbo jurídico muy difícil de entender- sin parangón en el Derecho comparado.

El grupo ACTUALIZA señala literalmente que "Se trata de una Propuesta contraria a las modernas tendencias del Derecho de contratos (Convención de Viena, Principios de Derecho Europeo de Contratos, DCFR, CESL), los cuales prescinden de la diferencia civil/mercantil", que además "contradice a la mejor doctrina mercantilista española (GARRIGUES, GIRÓN TENA, Aurelio MENÉNDEZ, Vicent CHULIÁ, BELTRÁN SÁNCHEZ, e incluso Alberto BERCOVITZ, presidente de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación) que en su día argumentaron ampliamente la necesidad de unificar la materia de Obligaciones y contratos".

En efecto y centrándome en la primera afirmación, basta echar un vistazo al panorama comparado para comprobar que efectivamente esto es así, y que ningún país de nuestro entorno –ni de fuera de él- acoge una división tan radical entre las obligaciones y contratos civiles y mercantiles, y sobre todo, ninguno lleva tan lejos el concepto de lo que ha de entenderse por contrato mercantil como lo hace esta PMC. Para empezar, la distinción entre contratos civiles y mercantiles es desconocida en los sistemas del *common law*, o en otros como Italia (1942) o, más recientemente, Holanda donde se ha producido la unificación legislativa en un único Código civil (1992), así como en la gran mayoría de los textos que configuran el moderno Derecho de Contratos de ámbito internacional y europeo, que curiosamente, la Exposición de Motivos de la PCM reclama como su fuente de inspiración en esta materia (vid. punto V-2). Así sucede, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG), probablemente el texto más importante de las últimas décadas en la materia que nos ocupa, y que establece en su art. 1.3 que a los efectos de determinar la aplicación de la Convención no se tendrá en cuenta "el carácter civil o comercial de las partes o del contrato". Otro tanto sucede en los Principios sobre Derecho Europeo de Contratos (PECL), donde no puede encontrarse rastro alguno de la distinción entre contratos civiles y mercantiles, acorde con su artículo 1:101 que

proclama que su finalidad es la de "ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión Europea", sin hacer distinciones entre civil y mercantil. En la misma línea se sitúa el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), cuyo artículo I.-1:101 (1) establece claramente que sus reglas se aplicarán a los contratos y otros actos jurídicos y a los derechos y obligaciones contractuales, sin mencionar en ningún caso a la división civil-mercantil. Finalmente, la propuesta de una Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) regula las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes y el suministro de contenidos digitales, así como prestación de servicios relacionados, restringidos tras las Enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo en septiembre de 2013, a los contratos celebrados a distancia y en particular *on line* (art. 1.1 CESL). Para nada se alude a la división entre el contrato civil y el mercantil; es cierto que el texto presupone en todo caso la presencia de un vendedor-empresario (art. 7 CESL, muy simplificado tras las enmiendas del PE). Sin embargo, la oposición entre los contratos mercantiles y los civiles no se contempla en absoluto. Al contrario, aunque se establecen algunas normas destinadas a regular únicamente las relaciones entre comerciantes (contratos B2B) y otras destinadas a las existentes entre comerciantes y consumidores (contratos B2C), la pretensión es únicamente garantizar para estas últimos un elevado nivel de protección, de mejorar su confianza en el mercado interior y de animarlos a realizar compras transfronterizas (art. 1.3 CESL). Por añadidura, prescinden en absoluto de la división entre civil y mercantil las normas de DIPr en materia contractual, como se pone en evidencia, por citar solo algunos de los ejemplos más relevantes, en el Reglamento (UE) N° 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), que pese al doble calificativo, establece una regulación unitaria, y el Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

Es cierto que en el Preámbulo de los Principios de los Contratos Comerciales de Unidroit, se establece que sus reglas serán aplicables "a los contratos mercantiles internacionales". No obstante, en los comentarios al Preámbulo se aclara que lo único que se pretende con tal expresión es excluir de su ámbito de aplicación a los negocios llevados a cabo por consumidores, en tanto que éstos se encuentran generalmente

sometidos a leyes especiales que establecen principios de orden público con la intención de proteger a la parte más débil. Nada hace recordar, sin embargo, la distinción entre contratos civiles y mercantiles.

Cambiando de escenario, si centramos nuestra atención en los ordenamientos internos que sí aceptan la *suma divisio* civil/mercantil en el ámbito de la contratación veremos que ninguno de ellos se acerca, ni de lejos, a los que se pretende con esta PCM. Así, el *El Code du commerce* francés de 2000, que aparentemente ha actuado como modelo del nuevo Código Mercantil español según la Exposición de Motivos (vid. punto I-7) carece de cualquier regulación general sobre obligaciones y contratos mercantiles; el texto galo dedica, eso sí, su Libro tercero (*De certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité*) a determinados tipos de contratos de compraventa (venta en subasta, ambulante, en rebajas, etc.) y a las cláusulas de exclusividad, pero en absoluto establece un régimen jurídico general de la compraventa mercantil ni muchísimo menos de los contratos celebrados entre comerciantes. Es cierto que algunos autores franceses han puesto de relieve que existen partes de este Código, como el Libro cuarto dedicado a la libertad de precios y la competencia que no se consideran propios del ámbito comercial, apuntándose igualmente, que algunas de las normas especiales han sido ya traspasadas al *Code civil* en reformas posteriores, por lo que una parte de las teorías unificadoras se han hecho ya realidad. Por su parte, El Código de Comercio Austríaco de 2007 (*Unternehmensgesetzbuch*, UGB) regula las transacciones comerciales en su libro IV (*Unternehmensbezogene Geschäfte*, §§ 343-460), donde se contienen unas disposiciones generales aplicables a todos los contratos (*Allgemeine Vorschriften*) así como una serie de normas específicas para algunos de ellos. En este sentido, se regula la compraventa, y se hace referencia a la cuestión de la aceptación tardía (§ 373 UGB *Annahmeverzug*), de los defectos de las mercaderías (§ 377 UGB *Mängelrüge*) o, entre otras materias, a la indemnización derivada del incumplimiento contractual (*Schadenersatz wegen Nichterfüllung* (367 UGB)); sin embargo, conviene aclarar que las normas se limitan a señalar las singularidades propias de la compraventa mercantil y, de hecho, se remite a las disposiciones generales del Código civil austríaco –ABGB– en las materias relativas a falta de conformidad, garantía, remedios, etc.

Pero sin duda, por su relevancia, trascendencia y capacidad de influencia, no puedo dejar de referirme a la profunda reforma operada en el BGB, en su parte más

importante, en virtud "Ley sobre Modernización del Derecho de obligaciones" (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2002 y por la cual se modificaron numerosos preceptos del Derecho de obligaciones alemán. Los importantes cambios operados en el Código civil en materias de tanta trascendencia como el incumplimiento, la indemnización de daños o la prescripción se hizo para adaptar el Derecho patrimonial alemán a las exigencias de los nuevos textos internacionales y europeos, así como para integrar en el texto codificado buena parte de los logros alcanzados por la jurisprudencia tras más de un siglo de aplicación del BGB. Todo ello con el fin confesado de modernizar un Derecho patrimonial que en ningún momento hizo distinciones entre lo civil y lo mercantil y que está siendo aplicable en ambos sectores.

¿Cuál es pues la razón por la que los autores de la PCM, que sin duda conocen esta realidad comparada que se acaba de mostrar deciden incluir los libros IV y V en lo que pretende ser el Código Mercantil del siglo XXI? La cuestión es sin duda oportuna y lo es aún más si se toma en consideración que a lo largo de su articulado, tanto en los dos libros considerados, como en el Título Preliminar donde se define el ámbito de aplicación, la PMC parte de un concepto de lo es la contratación mercantil que deja prácticamente en la nada la teórica contratación general, esto es la civil. Puede comprobarse al respecto, como señala el documento de ACTUALIZA al que me vengo refiriendo, que con el concepto general de las normas mercantiles que se deriva de los arts. 011-1 a 001-5, combinado con otros como los arts. 211-1, 511-1, 521-1, 531-1, 534, 541-1, 573-1, 573-13, 578-1 y 579-3 –combinación no siempre fácil de hacer– prácticamente toda la materia contractual deviene mercantil. No es de extrañar pues que el mentado documento califique ese concepto de lo mercantil, además de obsoleto y contradictorio, de expansivo.

Pues bien, para contestar al interrogante planteado en el párrafo precedente no hace falta hacer muchas elucubraciones, pues la propia Exposición de Motivos de la Propuesta lo repite reiteradas veces. Como de nuevo señala el grupo ACTUALIZA, "El objetivo confesado a lo largo de toda la Exposición de Motivos es atraer para el ámbito del art. 149.1.6ª CE la legislación de obligaciones y contratos, con la pretensión de asegurar la competencia estatal exclusiva en esta materia, huyendo de la vía menos segura que representa el art. 149.1.8ª que atribuye al Estado la competencia exclusiva en

materia de bases de las obligaciones contractuales. Tal opción por el cobijo en el art. 149-1.6ª se hace apelando a la CE y al concepto de unidad de mercado que ni está en ella, ni se impone por la ley fundamental" ni tiene un contenido claro que permita articular en torno a ella una cuestión de tanta trascendencia como la moderna codificación de nuestro Derecho patrimonial (no creo, si se me permite la digresión que el texto del art. 1 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, que está pendiente de su publicación en el BOE en el momento de redactar estas líneas arroje demasiada luz sobre la cuestión, pues según dicho precepto "1. Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional [...]

2. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica").

Que la de blindar las obligaciones y contratos como materia mercantil y por ende, estatal, con base en el art. 149.1.6ª CE es la idea con la que se trata de justificar la opción de incluir los libros IV y V dedicados a realizar una reglamentación exhaustiva de las obligaciones y contratos autocalificados de mercantiles, paralela a la civil e incluso, repetida con esta, como también se reconoce expresamente, queda patente entre otros en los siguientes pasajes de la mencionada Exposición de Motivos: 1) se refiere al nuevo Código mercantil como "un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional" (*cf.* punto I-7); se dice literalmente "Gracias a esta regulación sintetizada de las normas y (sic) obligaciones en general se asegura la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando que puedan plantearse regulaciones distintas en estas materias por razones de la normativa que rige subsidiariamente a las normas mercantiles"; repárese, por cierto, en el temor que parece existir en mencionar siquiera que esa normativa es precisamente la "civil" (punto I-32); además, aludiendo al proceso de modernización del Derecho mercantil que representa el nuevo Código, el punto V-1 de la Exposición de Motivos señala "Este proceso de modernización ha comenzado por las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, ya que

esas normas son fundamentales para que la legislación mercantil cumpla la función que le corresponde de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico privado" y añade "El Libro IV comprende, pues, los aspectos generales de la contratación moderna" (punto V-1); por añadidura, en el punto VI-32 la Exposición se señala: "La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia".

Sorprende lo *naif* del convencimiento manifestado a través de estas afirmaciones por parte de los autores de la PMC de que, con la introducción de este vasto concepto de lo mercantil y a modo de bálsamo de Fierabrás, se va a solucionar lo que parece ser el gran problema subyacente: el peligro que corre la unidad de mercado en el Estado español por mor de la existencia de derechos civiles autonómicos que con base en las competencias legislativas reconocidas en el art. 149.1.8ª, pueden derivar en normas jurídicas diferentes en unos y otros territorios del Estado español. De nuevo el documento de ACTUALIZA desmonta el pretendido fundamento, razonando de manera amplia y convincente por qué se trata de una opción inconstitucional. Para evitar rodeos innecesarios, me permito repetir uno a uno los argumentos incluidos en el citado documento. Según este, el concepto de obligaciones y contratos mercantiles que introduce y la regulación de los mismos es inconstitucional por los motivos siguientes:

1º) Vacía de contenido la competencia del art. 149.1.8ª de la Constitución, pues la propia Propuesta confiesa que contiene solo disposiciones fundamentales o básicas en materia de obligaciones y contratos. Así, entre otros lugares, I-31 de la Exposición de Motivos dice que "se regulan solo las cuestiones fundamentales"; el V-1 dice que "El Libro IV, comprende, pues, los aspectos generales de la contratación moderna", y el punto V-2 señala que el Título I "Disposiciones Generales" contiene "las normas básicas en materia de obligaciones y contratos mercantiles", en el punto V-12, en materia de condiciones generales de la contratación.

2º) Ni el legislador estatal ni el autonómico pueden imponer una interpretación unilateral sobre el contenido de cada materia constitucional con pretensión de generalidad y de imponerse sobre el resto de los poderes públicos, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional entre otras, en SSTC 76/1983 y 247/2007. Carecen de sentido afirmaciones como la contenida en el punto VI-32 de la Exposición de

Motivos "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".

3º) No es cierto que una misma norma pueda ser civil y mercantil al mismo tiempo, lo que sin embargo parece derivarse de la Exposición de motivos (V-3- p. 72, "su posible coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil"). Si se mantiene el interés de la división la norma tiene que tener una única calificación, por más que las líneas de separación entre ambos sectores del Derecho privado hayan sido y sigan siendo discutidas; o es una cosa o es otra, pero no las dos al mismo tiempo.

4º) El legislador estatal no puede (a través de un concepto *ex post* de lo mercantil) alterar el reparto de competencias hecho por la CE, la cual meridianamente reconoce a las CCAA con competencias en derecho civil capacidad legislativa en materia de obligaciones contractuales que no sean básicas. El legislador estatal no puede privar las CCAA de competencias constitucionalmente reconocidas ni expulsarlas, como parece pretender, del mercado o de la regulación de este.

5º) Además la PCM incluye normas de conflicto sobre las que no puede regular porque no es materia mercantil sino de otro tipo. Están en el art. 149.1º.8ª CE y no en art. 149.1º.6º CE.

Poco cabe añadir a este elenco de razones estrictamente jurídicas. Permítase agregar, a mayores de lo dicho, lo que a mi juicio convierte en *naïf* –otras opciones serían mucho peores- la pretendida solución taumatúrgica suministrada por la PCM: es fácilmente comprensible que, ni el concepto expansivo de lo mercantil que acoge, ni la regulación *tout court* de las obligaciones y contratos que pretende tienen capacidad para resolver el problema que tratan de atajar, esto es, que alguna Comunidad Autónoma -en concreto a día de hoy Cataluña-, rompa en España con la unidad legislativa en materia de obligaciones y contratos –¿la famosa unidad de mercado?- a partir del ejercicio de sus competencias en materia de Derecho civil. No lo hace porque pretende solventar un problema político utilizando un instrumento jurídico equivocado e inhábil para tal fin. Baste señalar al respecto que al mismo tiempo que se pretende iniciar el *iter* legislativo de esta Propuesta, en Cataluña se encuentra ya avanzado el proceso de elaboración del

Libro VI del Código Civil Catalán relativo a las obligaciones y contratos, sin que existan razones que hagan pensar que ese proceso se vaya a detener porque un grupo de expertos mercantilistas de la Comisión General de Codificación hayan decidido que todo lo que se mueve en el mercado es Derecho mercantil. Es obvio que el legislador catalán no va a estar conforme con la delimitación de lo mercantil contenida en esta Propuesta y que, a su vez, hará en el Libro VI de su Código civil una delimitación de la materia civil en la que se considera legítimamente competente, que con toda probabilidad va a chocar con esta. Ello va a significar que, de seguir adelante ambas iniciativas legislativas, la del Código mercantil estatal y la del Libro VI del Código civil catalán, se puede llegar al absurdo de que una misma cuestión sea civil en Cataluña y mercantil en el resto del Estado, al menos hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de uno o de ambos cuerpos legislativos, lo que como sabemos, creará una situación de incertidumbre que puede durar años y que, con seguridad, sí será nefasta para el mercado. No creo que nadie, sensatamente, piense que ese es el mejor camino, ni que con su tránsito nuestro Derecho patrimonial termine arribando a puerto seguro.

Por ello y para terminar estas breves notas me sumo al llamamiento que se hace en el documento de ACTUALIZA: que se eliminen del texto de la PCM de los Libros IV, V y VII, por ser propios del Código civil y no de un Código mercantil, y que de una buena vez se proceda a la modernización del Derecho de obligaciones español en Código civil siguiendo la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos presentada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009 y con base en la competencia legislativa estatal en materia de bases de las obligaciones y contratos. Como es sabido en esta Propuesta de la Sección Primera se integran las normas de protección de los consumidores y deja para el Código mercantil las normas especiales que, por las necesidades del tráfico mercantil, se aparten del Derecho privado general, tal como se ha hecho en algunos de los países más avanzados de nuestro entorno.