

*La Sección Segunda de la Comisión General de Codificación ha elaborado lo que se ha denominado después una «propuesta sobre un código mercantil». Los autores de esta propuesta han aumentado exponencialmente el contenido y el número de preceptos del Código de comercio, y han creado un texto que produce algún tipo de conflicto por la indefinición de los límites que presenta con el resto del Derecho privado.*

*Aunque la dirección de esta revista ha pretendido mantener su neutralidad, nos ha parecido que debíamos dar cuenta de la polémica que ha suscitado y de las que puedan suscitar con posterioridad.*

### **ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL HECHAS POR EL GRUPO ACTUALIZA**

Para contribuir a la construcción de un Derecho patrimonial español moderno, acorde con las exigencias de la sociedad actual y homologable con el de los ordenamientos de nuestro entorno, 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 y representado por los firmantes de este documento, considera necesario mostrar su parecer sobre la Propuesta de Código Mercantil presentada al Ministerio de Justicia por la Sección de lo Mercantil de la Comisión General de Codificación.

Con tal propósito presenta este documento de alegaciones, en el que se explican las razones, las ideas básicas en las que se sustenta y las propuestas del grupo en relación con el texto sometido a información pública.

#### **Razones de la alegación**

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.

Contradice a la mejor doctrina mercantilista española (Garrigues, Girón Tena, Aurelio Menéndez, Vicent Chuliá, Beltrán Sánchez, e incluso Alberto Bercovitz) que en su día argumentaron ampliamente la necesidad de unificar la materia de Obligaciones y Contratos.

Escudándose en la «unidad de mercado», concepto cuya oportunidad no se discute, aporta una solución inadecuada para resolver problemas de política jurídica y es contraria a la distribución constitucional de competencias legislativas.

No responde al concepto moderno de Código porque no vertebrada coordinadamente las materias que regula, asemejándose más a una mera refundición asistemática de las normativas sectoriales más variadas.

La noción de lo mercantil que acoge es singular y no tiene parangón en el ámbito comparado.

Pretende imponer un triple estatuto normativo distinguiendo entre operadores del mercado, consumidores y particulares que, curiosamente, no actúan en el mercado. Esta aproximación es contraria a las líneas del Derecho de contratos moderno que distingue las relaciones entre empresarios (B2B), entre empresarios y consumidores (B2C) y particulares entre sí. En este sentido, debe recordarse que la tendencia actual en el ámbito comparado es la de incluir las normas de consumo en los textos civiles.

Establece una relación entre el Derecho mercantil y el Derecho de consumidores absolutamente incomprensible. Mientras por un lado estas relaciones se califican como mercantiles, por otro se dejan fuera del Código Mercantil las normas destinadas a su protección, al mismo tiempo que, contradiciendo lo anterior, se regulan algunos contratos de consumo, de nuevo calificados como mercantiles. Tal «singularidad» carente de sentido y de similitud con cualquier ordenamiento de nuestro entorno, conduce a una situación de insoportable inseguridad jurídica.

La Propuesta es técnicamente deficiente. Utiliza expresiones y conceptos superados y es sumamente incorrecta en aspectos básicos de la capacidad de las personas, del Derecho de obligaciones, de los Derechos reales y del Derecho registral.

Provoca una descoordinación con otros textos centrales del ordenamiento, al introducir innovaciones en materias nucleares del Derecho patrimonial privado, e incurre en antinomias y lagunas.

No respeta ni la atribución competencial en materia de bases de las obligaciones contractuales, ni la distribución de competencias

legislativas contenidas en la Constitución. Es por tanto inconstitucional.

Por todo ello, con toda probabilidad será fuente continua de conflictos y creará una fuerte inseguridad jurídica que tendrá importantes costes económicos.

### **Ideas clave**

1. La Propuesta está basada en un concepto de lo «mercantil» obsoleto, contradictorio y tan expansivo que no deja prácticamente margen para el hipotético Derecho civil patrimonial, pues con el concepto general 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.

– Es obsoleto porque aunque sea parcialmente y mezclándolo con una «clase de actividades» para ampliar al máximo su campo de actuación, sigue apelando a una «clase de personas» como destinataria de sus normas, concepto decimonónico sin sentido en la realidad actual; extiende ese concepto de clase a actividades como la agricultura, la artesanía, las intelectuales, científicas, o artísticas cuyos bienes se destinen al mercado, en una expansión sin parangón.

– Es un concepto contradictorio, pues por un lado lleva prácticamente todas las relaciones económicas al ámbito mercantil y por otro se sigue calificando como Derecho especial, lo cual significa que el Derecho general carece prácticamente de campo de actuación. En cualquier caso, esta concepción invierte la relación entre Derecho general y Derecho especial el cual, por definición, es el que se aparta del general por exigir una normativa diversa impeditiva de la aplicación de la norma general, lo que es incompatible con la normativa duplicada.

– Es tan expansivo que abarca «todo lo que se mueve en el mercado»; no obstante, deja fuera las relaciones patrimoniales de los particulares entre sí, lo que lleva a preguntarse dónde están este tipo de relaciones. Por añadidura, deja al menos parcialmente fuera de su ámbito las relaciones entre empresarios y consumidores, pues aunque en teoría las incluye como parte de la materia mercantil, excluye expresamente la normativa de protección de los consumidores. Esta inclusión parcial y la calificación de estas relaciones como mercantiles, parece significar que en lo que no sea normas de protección de los consumidores estas relaciones quedarán sometidas

das al Derecho mercantil, lo que contradice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, como mucho y sin haber entrado en detalles, apela en la materia tanto al 149.1.8ª como al 149.1.6ª.

2. La Propuesta no tiene una idea clara de lo que es un Código, ni en el sentido tradicional del término ni en su acepción más moderna. Aunque pueda compartirse una técnica legislativa que permita una modificación más ágil del Código, no por ello debe dejar de ser un texto ordenador de principios y reglas con una cierta vocación de estabilidad. Esta Propuesta mezcla cuestiones estructurales con otras mucho más contingentes que previsiblemente mudarán rápidamente. Tampoco es acertado que en algunas materias se limite a trasladar al nuevo cuerpo legal prácticamente el mismo articulado que existe en leyes especiales que eventualmente pueden ser más contingentes y reglamentistas.

A pesar de calificarse de mercantil, la propia Exposición de Motivos reconoce que recoge normas de naturaleza administrativa, y por tanto de Derecho público, en general poco afines al espíritu codificador. Parece más un texto de Derecho del Mercado (Wirtschaftsrecht) en el que se mezclan todo tipo de normas de Derecho privado y público, que un texto de Derecho Mercantil, cuando es bien sabido que en el ámbito comparado el mencionado Derecho del Mercado carece de cuerpos normativos autónomos.

Tampoco resulta adecuado que, tratándose de un Derecho especial como se reconoce en su propia Exposición de Motivos, ignore prácticamente la existencia del Derecho civil como Derecho privado general del que, por definición, esta Propuesta parte y se desgaja por necesidades especiales y distintas.

Abusa de conceptos jurídicos indeterminados y de expresiones obsoletas, poco técnicas y escasamente compatibles con las exigencias de precisión del lenguaje jurídico, como por ejemplo «incapacitados» (art. 111-1 PCM), «Derecho común» (Exposición de Motivos VI-134), «efectos consiguientes» (art. 140.5), o «voluntad efectiva» (art. 213-27.1.a).

Algunas cuestiones, como las relativas al Registro Mercantil o las normas sobre capacidad o prescripción son técnicamente muy deficientes. Asimismo, en la materia de las obligaciones y contratos hace una selección de temas que considera dignos de regulación que es en realidad totalmente caprichosa y arbitraria, muchas veces repetitiva de la norma general y en bastantes ocasiones técnicamente inapropiada.

3. 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 com-

potencia 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. Esta opción a nuestro juicio es inconstitucional por las siguientes razones:

a) vacía de contenido la competencia del art. 149.1.8ª CE, más cuando la propia Propuesta confiesa que contiene solo disposiciones fundamentales o básicas en materia de obligaciones y contratos (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);

b) 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 que se imponga sobre el resto de los poderes públicos, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras, en SSTC 76/1983 y 247/2007. Por ello, 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»;

c) no es cierto que una misma norma pueda ser civil y mercantil al mismo tiempo, a diferencia de lo que afirma 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, por razones técnicas estructurales, 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;

d) 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 sea básica; el legislador estatal no puede privar a las CCAA de competencias constitucionalmente

reconocidas, ni expulsarlas, como parece pretender, del mercado o de la regulación de este.

e) incluye normas de conflicto en algunas materias, cuando este tipo de normas están constitucionalmente residenciadas en el art. 149.1.8ª del CE y no en el art. 149.1.6ª.

En atención a lo expuesto, el grupo ACTUALIZA hace las siguientes propuestas:

1. Revisar la conveniencia y oportunidad de mantener la dualidad entre el Código civil y el Código mercantil, al menos en lo relativo al Derecho de Obligaciones y Contratos. Si se opta por mantener la diferencia, se debe delimitar con criterios técnicos precisos la materia general o civil, de la especial o mercantil sin subvertir el significado de estos términos. En todo caso, esto conllevaría la retirada del texto de la Propuesta del Código o alternativamente la eliminación de los Libros IV, V y VII, por ser propios del Código civil y no de un Código mercantil.

2. En el caso español lo que parece más adecuado es la modernización del Derecho de obligaciones del 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. Propuesta que integra 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. En ningún caso las normas sobre capacidad de las personas y sobre prescripción y caducidad deben incluirse en un Código mercantil.

3. Para la consecución de este fin, consideramos imprescindible la colaboración de las Secciones de lo Civil y lo Mercantil en la reforma global de un Derecho patrimonial moderno y homologable al de los ordenamientos de nuestro entorno. Dicha reforma habría de ir precedida por serios trabajos preliminares y un amplio diálogo, que si bien técnicamente admite matices, requiere en todo caso respetar el sistema de atribución de competencias entre el Estado y las CCAA establecido en la Constitución.

Cualquier texto legal, incluido el que nos ocupa, ha de tener en cuenta que según la Constitución, las bases de las obligaciones contractuales son materia civil.

4. Se debe seleccionar lo estructural y permanente que ha de ser el objeto de la codificación, dejando las leyes especiales para las cuestiones más contingentes y variables, a fin de no perder la

idea de centralidad del Código y de su valor como referente para el resto de las normas legales y reglamentarias.

5. En la elaboración de normas de Derecho privado especial la utilización de los conceptos, términos, instituciones y figuras de Derecho privado general debe hacerse con la necesaria precisión técnica y con rigor sistemático. En consecuencia, resulta imprescindible el trabajo coordinado de las Secciones Civil y Mercantil de la Comisión, a fin de mejorar la regulación de instituciones de tanta trascendencia como, por ejemplo, el Registro Mercantil.

### **Firmantes del documento, en representación del Grupo ACTUALIZA**

Ana Cañizares Laso, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Málaga.

María Paz García Rubio, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Francisco J. 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 Blázquez, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide.

Judith Solé i Resina, Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Teodora Torres García, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valladolid.

Madrid, 11 de noviembre de 2013.