

EDITORIAL

Un nuevo Código

Sin mucho ruido, tenemos un nuevo borrador de Código encima de la mesa. No me refiero al de procedimiento penal, del que se lleva hablando -y, dentro de un orden, debatiendo- desde hace tiempo. Se trata de la Propuesta de Código Mercantil (PCM) elaborada por la Comisión General de Codificación (sección de Derecho mercantil) y publicada por el Ministerio de Justicia hace unas semanas.

No es mi propósito, como es natural, abordar el contenido de una propuesta de la enjundia e importancia de la PCM en el reducido y peculiar espacio de este editorial. Pero sí me gustaría hilvanar algunas ideas acerca del significado general de esta relevante propuesta para el presente y el futuro del Derecho privado en España.

Lo primero que conviene destacar es que la PCM confirma la buena salud de que gozan -a estas alturas- los ideales codificadores en los países de tradición europea continental, de *Civil Law* (como se los denomina por los otros, por los de *Common Law*). El fenómeno no es singularmente español ni singularmente mercantil, por descontado. Así, dentro de España, Cataluña sigue elaborando su Código civil, casi completo a falta del temido por unos y esperado por otros Libro VI sobre obligaciones y contratos. Holanda prácticamente lo ha terminado también en un proceso reciente. Nuevos y novísimos estados miembros de la UE como Lituania o Croacia disponen de códigos de reciente factura. En lo mercantil, Francia elaboró un nuevo *Code de commerce* en 2000 y la porción con rango reglamentario se prolongó hasta 2007. Austria, por su parte, hizo entrar en vigor en 2007 el *Unternehmensgesetzbuch* para reemplazar al HGB impuesto por los alemanes en 1939.

La PCM sigue fiel a la fe en la codificación como forma distintiva de producir derecho y ordenar la realidad mediante reglas jurídicas. Porque no se trata simplemente de "actualizar", "mantener al día" o "mejorar" un código existente, lo cual no parece muy problemático dado lo cambiante de las circunstancias y del conocimiento que tenemos sobre ellas. Tampoco de limitarse a una mera refundición -con todos los retoques técnicos que se quiera- de textos legales existentes, que es lo que hizo la Ley de sociedades de capital. La PCM trata de ordenar con reglas abstractas y generales la materia¹ mercantil, alcanzando con el código materias hasta ahora encomendadas a las reglas generales de obligaciones y contratos, a alguna norma aislada, muchas veces no sustantiva, así como al desarrollo judicial del Derecho. Un conjunto heterogéneo de nuevas materias que pasan a ser codificadas y que comprende la excesiva onerosidad en la contratación, los contratos mercantiles

¹ El PCM deja fuera, y sin explicación discernible, materias que tradicionalmente (y aún hoy en otros países: Alemania y Austria incluyen el Derecho marítimo y Francia el concursal) se hallaban en el Código de Comercio, como el derecho concursal y el marítimo. El primero queda en la Ley concursal. El segundo se remite a la futura Ley de navegación marítima, que vive en el limbo legislativo desde que se aprobó el anteproyecto a final de 2012, sin que haya proseguido la tramitación.

de servicios, de comunicaciones electrónicas, sobre bienes inmateriales, de distribución, de arrendamiento financiero, de descuento y muchas otras.

Algunos hemos perdido esa fe, no tanto por habernos creído la literatura del *legal origins*, que hace del *Code Napoléon* uno de los momentos más nefastos en la evolución institucional de occidente, sino sobre todo porque para ofrecer soluciones eficientes a los problemas del Derecho privado, la consideración de circunstancias y factores concretos relativamente específicos es tan relevante que el confiar en reglas abstractas y generales se convierte en un ejercicio de ingenuidad epistemológica. En todo caso, es preciso reconocer que, hoy por hoy y en Europa continental, nada hay de extraño en la expresión de un propósito codificador, dadas las -acaso sorprendentes más allá de la voluntad de simplificación del Derecho- resistencia y longevidad del espíritu fundacional de los códigos como modo de hacer normas jurídicas.

La segunda observación se refiere a la fortaleza entre nosotros de la distinción gremial Derecho civil/Derecho mercantil. Ingenuamente por mi parte he pensado desde hace años que, como forma de categorización de materias, se había asumido ya por todos su naturaleza históricamente contingente y sustancialmente convencional. Me permitía confiar en hechos como su inexistencia en muchos sistemas jurídicos (los de *Common Law*²) o su pervivencia muy atenuada y escasamente delimitadora de materias en sistemas europeos, incluso de doble código, como Alemania. Me parecía -y me lo sigue pareciendo- que las reglas y las instituciones del derecho de patentes se asemejan más a las del Derecho de autor que a las del Derecho bancario o concursal, o que los contratos "del Código civil" se relacionan más estrechamente con los del "Código de comercio" que con los contratos sucesorios en aquellos sistemas civiles que los contemplan.

Me había olvidado, sin embargo, de dos factores muy importantes que hacen distinto el caso español. Primero, la cristalización en compartimentos estancos de Derecho civil y Derecho mercantil como áreas de conocimiento distintas a efectos universitarios. No es esta la ocasión (aunque el fenómeno merecería un atento estudio) de resaltar la importancia que el Plan de Estudios de 1953³ y su traducción casi literal por el Ministro Maravall en el RD 1888/1984, que aprueba el catálogo de áreas de conocimiento, han tenido en la fisonomía contemporánea del Derecho en España. Lo cierto es que entre nosotros no se vive ni se practica la idea de que el Derecho privado es un espacio único, sino uno dividido en dos ámbitos apriorísticamente definidos por un Director General de Universidades del primer o

² En una facultad de Derecho norteamericana no hay cursos de civil o de mercantil, sino de propiedad, propiedad intelectual (comprendiendo derecho de autor, patentes, marcas y otros), contratos, sociedades, daños, concursal, etc. Es cierto que en ocasiones hay cursos de *Commercial Transactions*, pero su delimitación respecto de los de *Contracts* no se hace de acuerdo con la guía civil/mercantil, sino básicamente sobre la diferencia *Statute/ Common Law*.

³ En puridad, una evolución del Plan de ordenación de la Facultad de Derecho de 7 de julio de 1944: Pablo Salvador Coderch y Juan Antonio Ruiz García, La enseñanza universitaria del Derecho en España, *Revista de Educación* (2000), p. 121.

del segundo franquismo. Esa visión dicotómica, producto del gremialismo universitario español, se proyecta metonímicamente sobre los ámbitos materiales que se analizan y se ordenan jurídicamente.

El segundo factor es de mayor rango normativo y de mayor trascendencia política, aunque no necesariamente de mayor importancia real. Me refiero a que la distinción civil/mercantil es uno de los ejes (no el único, pero sí el primario) de articulación de las competencias normativas en materia de Derecho privado entre el Estado y (algunas) Comunidades Autónomas. Frente al complejo y descoyuntado art. 149.1.8. CE, en materia de legislación civil, el art. 149.1.6 CE nítidamente adjudica la legislación mercantil -toda- al Estado y la coloca extramuros de las competencias legislativas de las Comunidades con poder legislativo en Derecho privado conferido por el art. 149.1.8. CE.

El apartado I. 9 de la Exposición de Motivos de la PCM racionaliza la consagración tradicional de materias "civiles" y "mercantiles" en los siguientes términos: "*Acorde con las modernas tendencias doctrinales, con los postulados de la constitución económica en que ha de asentarse el cuerpo legal y con la realidad del tráfico, la delimitación de la materia mercantil se hace a partir de un concepto básico: el mercado como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial.*" Como si, por ejemplo, la oferta de venta y alquiler de viviendas por parte de los ciudadanos no formara parte del mercado inmobiliario. Es evidente que las economías desarrolladas -y por eso, en gran medida, lo son- intercambian la gran mayoría de bienes y servicios en mercados anónimos y extensos y no a través de relaciones limitadas a los parientes, vecinos o compañeros de gremio. Por eso el criterio del mercado no puede servir para definir materia mercantil o civil, pues hoy todo el Derecho privado patrimonial -y parte del público- es derecho del mercado, que lo crea, lo facilita, lo engrasa o lo regula.

Esta posición de partida en cuanto a la noción esencial de código de Derecho mercantil se traslada de forma singularizada y con destacada importancia al ámbito contractual, el *locus* clásico de la consistencia de los criterios definitorios del espacio civil/mercantil. El vigente Código de Comercio procede a realizar una delimitación contrato a contrato (compraventa, comisión, préstamo, etc.) y no global para todos los contratos o el conjunto de normativa mercantil. La PCM opta por un criterio de la máxima generalidad para toda la materia contractual. Cualquier acto o contrato en que intervenga un operador de mercado (y son operadores de mercado todos los sujetos, naturales o colectivos, que realizan actividades para el mercado, incluyendo las agrícolas, artesanales y profesionales) aunque la contraparte no lo sea, es automática (art. 001-4.1.a) PCM) e imperativamente (art. 411-1 PCM) considerado mercantil y sujeto a la PCM.

A ello se añade la inclusión de normativa contractual contenida en la PCM con una amplitud, intensidad y autosuficiencia que es insólita y rigurosamente desconocida en cualquier código de comercio de nuestro entorno cultural (Francia o Alemania, por poner dos ejemplos señeros; es bien sabido que Italia optó desde hace mucho por

código único de derecho privado). Así, se incluye una parte general de obligaciones y contratos con materias tales como forma del contrato, modificación del contrato, obligaciones de medios y de resultado, extinción del contrato, incumplimiento contractual y remedios, etc. Por otra parte, no se contiene ni una sola referencia a la regulación "civil" o "general" (la PCM sigue denominando a su normativa como "especial", sin embargo) al contrario de lo que encontramos en el HGB o en el UGB (o en el Código de Comercio español, sin ir más lejos) donde las referencias al régimen común son constantes y la normativa "mercantil" se limita esencialmente a señalar un puñado de soluciones discrepantes o adaptadas a la contratación empresarial (véanse, por ejemplo, § 343 y ss. HGB).

A este respecto, el ámbito de la compraventa es muy ilustrativo. Aquí, el HGB cuenta con 8 artículos (§ 373 y ss.) todos ellos con soluciones que se configuran como reglas especiales en cuestiones puntuales y no fundamentales de las del BGB. La PCM, por su parte, dedica 39 artículos a la compraventa mercantil, incluyendo las cuestiones de cumplimiento, incumplimiento, derechos y acciones derivados del incumplimiento, hasta con una sección para compraventa mercantil de bienes inmuebles, lo nunca visto.

En cuanto al número y naturaleza de contratos comprendidos bajo la PCM la expansión es extraordinaria: contrato mercantil de obra, contrato mercantil de servicios, de servicios turísticos, sobre bienes inmateriales, más todos los financieros y bancarios, de los más importantes a los más oscuros. Semejante extensión contrasta con la contención a los supuestos tradicionales (transporte, depósito, comisión, marítimos) que hallamos en otros códigos mercantiles, tanto añejos (HGB) como recientes (UGB, *Code de Commerce*).

Con todo ello se intenta sin duda, y así lo declara explícitamente la Exposición de Motivos (apartados I-32, V-3, VI-32, VI-33) blindar bajo la protección de la calificación como normativa mercantil una reglamentación de Derecho privado uniforme para todo el territorio español. *"La proliferación de normativas autonómicas que disciplinan de forma diversa idénticos supuestos de hecho impone barreras artificiales a los intercambios de bienes y servicios, al tiempo que dificulta las relaciones comerciales con evidente perjuicio para empresarios y consumidores amenazando la unidad de mercado que promueve la Constitución. La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia."* (apartado VI-32 de la Exposición de Motivos de la PCM).

En puridad, la existencia de regímenes contractuales diversos no impide de por sí un mercado único (piénsese en el caso USA). Pero debiera ser evidente para cualquiera que la existencia de varias (6 o 7 en el peor de los casos) legislaciones contractuales añadidas a la común o estatal incrementaría notablemente los costes de transacción de las relaciones económicas y disminuiría, acaso de forma grave, la eficiencia económica en tiempos duros para muchas economías europeas y para la española en particular. Solo los nacionalistas más irreductibles, además, piensan que los costes añadidos de esa fragmentación normativa serían inferiores a los -supuestos acaso-

beneficios de tener un régimen contractual propio que, aunque se inspire o, más directamente, copie sin más las normas del Convenio de Viena, de los Principios Lando o del DCFR sería, por el mero hecho de proceder de un parlamento distinto y no de las Cortes Generales, más ajustado a las profundas preferencias diferenciales de la población de un cierto territorio. Aunque puedo equivocarme, creo que las preferencias de las poblaciones se definen sobre cuestiones políticamente más llamativas que la resolución por incumplimiento o la mora en la recepción de la cosa vendida.

Sin embargo, la estrategia de la PCM, aunque comprensible por algunas razones, se revela en exceso derrotista como visión expresada desde el Ministerio de Justicia. Da a entender que la preservación de la unidad de mercado que evite una fragmentación normativa perjudicial para la economía española es una batalla perdida por el Estado en el terreno del art. 149.1.8 CE y que solo puede librarse en el más seguro terreno del art. 149.1.6 CE. No me parece que haya razones para llegar a esta conclusión, al menos de momento. Al contrario, pienso que desplazar -casi- toda la cuestión al art. 149.1.6 CE sería una solución simplista que tendría consecuencias negativas en muchos órdenes.

De una parte, lo cierto es que, hoy por hoy, y con la muy importante excepción de Cataluña, las Comunidades Autónomas con competencias legislativas civiles, incluso aquellas que han tenido habitual o esporádicamente partidos nacionalistas en sus gobiernos, no han legislado activamente en el ámbito privado patrimonial. Esto puede cambiar, naturalmente, pero de momento la fragmentación previsible es de dos sistemas contractuales, no de siete.

De otra, que la distribución de competencias en materia contractual debe pensarse caso por caso, pues el problema resulta ser muy distinto según el ámbito concreto. Emplear un instrumento único y general (la calificación civil/mercantil de la normativa, con un sesgo en favor de la segunda) probablemente no nos dará la solución adecuada a la asignación de competencias normativas en muchos sectores. Creo mejor repensar de verdad y a fondo estas cuestiones, lo cual, además, nos permitiría librarnos de prejuicios e inercias que en esto como en tantas cosas abundan demasiado. Por poner un ejemplo, me parece que el arrendamiento y la compraventa de inmuebles no son materias jurídicas que afecten a la unidad de mercado en España pues en esto los mercados, como es evidente, son locales y no nacionales. Salvo la inercia histórica -y la retórica referencia a la igualdad en los derechos y obligaciones en todo el territorio nacional- no se explica muy bien por qué la LAU es necesariamente legislación estatal (recientemente, disposición final 1ª, Ley 4/2013) cuando estamos ante mercados esencialmente locales en los que, por otro lado, cierta experimentación y "competencia" entre Comunidades Autónomas parecería deseable.

En el caso de la compraventa de inmuebles, la normativa de protección al consumidor inmobiliario (que, esta sí, puede ser y es autonómica) y la legislación registral e hipotecaria (estatal por otro título competencial exclusivo del Estado) son

más relevantes para la actividad contractual de las empresas del sector inmobiliario que el puñado de normas que el PCM dedica al recién creado "contrato mercantil de compraventa inmobiliaria". Para la unidad de mercado en España es infinitamente más relevante el régimen de la prenda (ausente de la PCM salvo en el contenido del RD-L 5/2005 y, por su parte, objeto de una extensa normativa en el Código civil de Cataluña e incluso antes en legislación especial catalana) o de la fianza (muy escaso en la PCM) que el del alquiler o la venta de vivienda.

Por otro lado, en el ámbito contractual parece conveniente cambiar la perspectiva en cuanto a cuál ha de ser el régimen común o general. Para el modelo decimonónico, las categorías actuales de B2C, B2B o C2C son rigurosamente ininteligibles. Precisamente porque somos una economía de mercado desarrollada, los contratos C2C no son representativos del conjunto de las transacciones de la economía. Se limitan a ciertos nichos, no marginales, desde luego, pero tampoco sustanciales: compraventa y arrendamiento de inmuebles, compraventa de bienes de segunda mano -algo que la crisis y e-bay impulsan, pero que tiene límites intrínsecos a su magnitud y desarrollo-. En cuanto al C2B, solo es relevante socialmente en cuanto al contrato de trabajo, que por distintos motivos está fuera entre nosotros del régimen contractual "privado".

Por tanto, el Derecho común o general del contrato ha de ser el de las relaciones B2C y B2B. Que el modelo básico sea el uno, con variantes para el otro, o el otro con variantes para el uno, es cuestión muy debatida y para la cual caben sensatamente soluciones distintas (piénsese en los Principios Lando, el DCFR o el CESL). Pero no parece muy lógico que, por motivos de competencias normativas territoriales, hagamos de lo que debiera ser Derecho de contratos general el "Derecho de contratos especial de los operadores del mercado". Todos somos operadores del mercado en una economía capitalista.

Una última y breve referencia es probablemente necesaria para poner en su justa perspectiva el diseño contractual de la PCM. La inacción y la desidia del legislador estatal en materia de Derecho civil patrimonial han sido desde hace tiempo y continúan siendo hoy simplemente pasmosas. No es de extrañar que se ocupe el espacio que se deja vacío durante tantos y tantos años. Acaso lo más fructífero, y realista, a fecha de hoy fuera una consideración coordinada del Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborado por la misma Comisión General de Codificación (aunque por la sección de Derecho civil) y de los Libros IV y V de la PCM, a fin de avanzar la regulación legal de la materia contractual en España, que buena falta hace.

Fernando Gómez Pomar