



## *Un nou Codi*

---

Sense massa soroll, tenim un nou esborrany de Codi damunt la taula. No em refereixo al de procediment penal, del qual s'ha estat parlant –i, dins d'un ordre, debatent–, des de fa temps. Es tracta de la [Proposta de Codi Mercantil](#) (PCM) elaborada per la Comissió General de Codificació (secció de Dret Mercantil) i publicada pel Ministeri de Justícia fa unes setmanes.

No és la meva intenció, com és natural, abordar el contingut d'una proposta de la importància de la PCM en el reduït i peculiar espai d'aquest editorial. Ara bé, sí m'agradaria embastar algunes idees sobre el significat general d'aquesta rellevant proposta per al present i el futur del Dret privat a Espanya.

El primer que convé destacar és que la PCM confirma la bona salut de què gaudeixen –a hores d'ara– els ideals codificadors en els països de tradició europea continental, de *Civil Law* (com són anomenats pels altres, els de *Common Law*). El fenomen no és singularment espanyol ni singularment mercantil, per descomptat. Dins d'Espanya, Catalunya continua elaborant el seu Codi civil, gairebé complet a manca del temut per alguns i esperat pels altres Llibre VI sobre obligacions i contractes. Holanda gairebé l'ha enllestit en un procés recent. Nous i novíssims estats membres de la UE com Lituània o Croàcia disposen de codis de recent factura. Pel que fa al mercantil, França va elaborar un nou *Code de commerce* en el 2000 i la porció amb rang reglamentari es va perllongar fins el 2007. Àustria, per la seva banda, va fer entrar en vigor el 2007 el *Unternehmensgesetzbuch* per a substituir el HGB imposat pels alemanys el 1939.

La PCM segueix fidel a la fe en la codificació com a forma distintiva de produir dret i ordenar la realitat mitjançant regles jurídiques. Perquè no es tracta simplement d'“actualitzar”, “mantenir al dia” o “millorar” un codi existent, la qual cosa no sembla ser massa problemàtica atès el canviant de les circumstàncies i del coneixement que en tenim de les mateixes. Tampoc de limitar-se a una simple refosa –amb tots els retocs tècnics que es vulguin– de textos legals existents, que és el que va fer la Llei de societats de capital. La PCM intenta ordenar amb regles abstractes i generals la matèria<sup>1</sup> mercantil, abastant amb el codi matèries fins ara encomanades a les regles generals d'obligacions i contractes, a alguna norma aïllada, sovint no substantiva, així com al desenvolupament judicial del dret. Un conjunt heterogeni de noves matèries que passen a ser codificades i que comprèn

---

<sup>1</sup> El PCM deixa fora, i sense una explicació discernible, matèries que tradicionalment (i encara avui en altres països: Alemanya i Àustria inclouen el Dret marítim i França el concursal) es trobaven en el Codi de comerç, com el dret concursal i el marítim. El primer queda en la Llei concursal. El segon es remet a la futura Llei de navegació marítima, que viu en el llim legislatiu des que es va aprovar l'avantprojecte a finals de 2012, però sense que se n'hagi continuat la tramitació.

l'excessiva onerositat en la contractació, els contractes mercantils de serveis, de comunicacions electròniques, sobre béns immaterials, de distribució, d'arrendament financer, de descompte i moltes altres.

Alguns hem perdut aquella fe, no tant per haver-nos cregut la literatura del *legal origins*, que fa del *Code Napoléon* un dels moments més nefastos en l'evolució institucional d'occident, sinó sobretot perquè per oferir solucions eficients als problemes del Dret privat, la consideració de circumstàncies i factors concrets relativament específics és tan rellevant que el confiar en regles abstractes i generals es converteix en un exercici d'ingenuïtat epistemològica. En tot cas, cal reconèixer que, avui i a l'Europa continental, no hi ha res d'estrany en l'expressió d'un propòsit codificador, atesa la resistència i longevitat –potser sorprenents més enllà de la voluntat de simplificació del Dret– de l'esperit fundacional dels codis com a manera de fer normes jurídiques.

La segona observació es refereix a la fortalesa entre nosaltres de la distinció gremial Dret civil/Dret mercantil. Ingènuament per part meva, des de fa anys pensava que, com a forma de categorització de matèries, s'havia assumit ja per tots la seva naturalesa històricament contingent i substancialment convencional. Em permetia confiar en fets com la seva inexistència en molts sistemes jurídics (els de *Common Law*<sup>2</sup>) o la seva pervivència molt atenuada i escassament delimitadora de matèries en sistemes europeus, fins i tot de doble Codi, com Alemanya. Em semblava –i m'ho segueix semblant– que les regles i les institucions del Dret de patents s'assemblen més a les del Dret d'autor que a les del Dret bancari o concursal, o que els contractes “del Codi civil” es relacionen més estretament amb els del “Codi de comerç” que amb els contractes successoris en aquells sistemes civils que els contempnen.

M'havia oblidat, no obstant, de dos factors molt importants que fan diferent el cas espanyol. Primer, la cristallització en compartiments estancs de Dret Civil i Dret Mercantil com a àrees de coneixement diferents a efectes universitaris. No és aquest el moment (encara que el fenomen mereixeria un estudi més profund) de ressaltar la importància que el pla d'estudis de 1953<sup>3</sup> i la seva traducció quasi literal pel ministre MARAVALL en el RD 1888/1984, que aprova el catàleg d'àrees de coneixement, han tingut en la fisonomia contemporània del Dret a Espanya. El cert és que entre nosaltres no es viu ni es practica la idea que el dret privat és un espai únic, sinó un de dividit en dos àmbits apriorísticament definits per un Director General d'Universitats del primer o del segon franquisme. Aquesta visió dicotòmica, producte del gremialisme universitari espanyol, es projecta metonímicament sobre els àmbits materials que s'analitzen i ordenen jurídicament.

---

<sup>2</sup> En una facultat de Dret nord-americana no hi ha cursos de civil o de mercantil, sinó de propietat, propietat intel·lectual (comprentent dret d'autor, patents, marques i altres), contractes, societats, danys, concursal, etc. És cert que en ocasions hi ha cursos de *Commercial Transactions*, però la seva delimitació respecte dels de *Contracts* no es fa d'acord amb la guia civil/mercantil, sinó bàsicament sobre la diferència *Statute/Common Law*.

<sup>3</sup> En puritat una evolució del Pla d'ordenació de la Facultat de Dret de 7 juliol 1944: Pablo SALVADOR CODERCH / Juan Antonio RUIZ GARCÍA (2000), “La enseñanza universitaria del Derecho en España”, *Revista de Educación*, núm. 321, pp. 117-136, p. 121.

El segon factor és de major rang normatiu i de major transcendència política, tot i que no necessàriament de major importància real. Em refereixo a què la distinció civil/mercantil és un dels eixos (no l'únic, però sí el primari) d'articulació de les competències normatives en matèria de Dret privat entre l'Estat i (algunes) Comunitats Autònomes. Davant del complex i desconjuntat art. 149.1.8. CE, en matèria de legislació civil, l'art. 149.1.6 CE adjudica nítidament la legislació mercantil –tota– a l'Estat i la col·loca extramurs de les competències legislatives de les Comunitats amb poder legislatiu en Dret privat conferit per l'art 149.1.8. CE.

L'apartat I. 9 de l'Exposició de Motius de la PCM racionalitza la consagració tradicional de matèries “civils” i “mercantils” en els termes següents: “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”. Com, per exemple, si l'oferta de venda i lloguer d'habitatges per part dels ciutadans no formés part del mercat immobiliari. És evident que les economies desenvolupades –i per això, en gran mesura, ho són– intercanvien la gran majoria de béns i serveis en mercats anònims i extensos, i no a través de relacions limitades als parents, veïns o companys de gremi. Per això el criteri del mercat no pot servir per a definir matèria mercantil o civil, ja que avui en dia tot el Dret privat patrimonial –i part del públic– és dret del mercat, que el crea, el facilita, el configura o el regula.

Aquesta posició general pel que fa a la noció essencial de codi de Dret mercantil es trasllada de forma singularitzada i amb notòria importància a l'àmbit contractual, el *locus* clàssic de la consistència dels criteris definitoris de l'espai civil/mercantil. El Codi de comerç vigent realitza una delimitació contracte a contracte (compravenda, comissió, préstec, etc.) i no global per a tots els contractes o el conjunt de la normativa mercantil. La PCM opta per un criteri de la màxima generalitat per a tota la matèria contractual. Qualsevol acte o contracte en el qual intervingui un operador de mercat (i són operadors de mercat tots els subjectes, naturals o col·lectius, que realitzen activitats per al mercat, incloent les agrícoles, artesanals i professionals) encara que la contrapart no ho sigui, és automàticament [art. 001-4.1.a) PCM] i imperativament (art. 411-1 PCM) considerat mercantil i subjecte a la PCM.

A això s'afegeix la inclusió de normativa contractual continguda en la PCM amb una amplitud, intensitat i autosuficiència que és insòlita i rigorosament desconeguda en qualsevol codi de comerç del nostre entorn cultural (França o Alemanya, per posar dos exemples singulars; és ben sabut que Itàlia optà fa molt de temps per un codi únic de dret privat). Així, s'inclou una part general d'obligacions i contractes amb matèries com la forma del contracte, la modificació del contracte, les obligacions de mitjans i de resultat, l'extinció del contracte, l'incompliment contractual i remeis, etc. D'altra banda, no es fa ni una sola referència a la regulació “civil” o “general” (ara bé, la PCM segueix denominant

“especial” la seva normativa), a diferència del que trobem en el HGB o en el UGB (o en el Codi de Comerç espanyol, sense anar més lluny), on les referències al règim comú són constants i la normativa “mercantil” es limita essencialment a assenyalar un conjunt de solucions discrepants o adaptades a la contractació empresarial (vegeu, per exemple, § 343 i ss. HGB).

En aquesta mateixa línia, l'àmbit de la compravenda és molt il·lustratiu. Aquí, el HGB compta amb 8 articles (§ 373 i ss.), tots ells amb solucions que es configuren com a regles especials en qüestions puntuals i no fonamentals de les del BGB. La PCM, per la seva banda, dedica 39 articles a la compravenda mercantil, incloent les qüestions de compliment, incompliment, drets i accions derivats de l'incompliment, i fins o tot amb una secció per a la compravenda mercantil de béns immobles, quelcom impensable.

Pel que fa al nombre i la naturalesa dels contractes compresos en la PCM, l'expansió és extraordinària: contracte mercantil d'obra, contracte mercantil de serveis, de serveis turístics, sobre béns immaterials, més tots els financers i bancaris, dels més importants als més obscurs. Aquesta extensió contrasta amb la contenció als supòsits tradicionals (transport, dipòsit, comissió, marítims) que trobem en altres codis mercantils, ja siguin antics (HGB) o recents (UGB, Codi de Comerç).

D'aquesta manera s'intenta sens dubte, i així ho declara explícitament l'Exposició de Motius (Apartats I-32, V-3, VI-32 VI-33), blindar sota la protecció de la qualificació de normativa mercantil una reglamentació de Dret privat uniforme per a tot el territori espanyol: “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” (Apartat VI-32 de l'Exposició de Motius de la PCM).

En puritat, l'existència de règims contractuals diferents no impedeix de per si un mercat únic (penseu en el cas dels EUA). Però hauria de ser evident per a qualsevol que l'existència de diverses (6 o 7 en el pitjor dels casos) legislacions contractuals afegides a la comuna o estatal incrementaria notablement els costos de transacció de les relacions econòmiques i reduiria, potser de forma greu, l'eficiència econòmica en moments durs per a moltes economies europees i per a l'espanyola en particular. Només els nacionalistes més irreductibles pensen, a més, que els costos afegits d'aquesta fragmentació normativa serien inferiors als –possibles– beneficis de tenir un règim contractual propi que, encara que s'inspiri o, més directament, copii les normes del Conveni de Viena, dels Principis Lando o del DCFR seria, pel mer fet de procedir d'un parlament diferent i no de les Corts Generals, més ajustat a les profundes preferències diferencials de la població d'un determinat territori. Tot i que em puc equivocar, crec que les preferències de les poblacions es

defineixen sobre qüestions políticament més cridaneres que la resolució per incompliment o la mora en la recepció de la cosa venuda.

No obstant, l'estratègia de la PCM, encara que comprensible per algunes raons, es revela en excés derrotista com a visió des del Ministeri de Justícia. Dóna a entendre que la preservació de la unitat de mercat que eviti una fragmentació normativa perjudicial per a l'economia espanyola és una batalla perduda per l'Estat en el terreny de l'art. 149.1.8 CE i que només es pot lliurar en el terreny més segur de l'art. 149.1.6 CE. No crec que hi hagi raons per arribar a aquesta conclusió, almenys de moment. Al contrari, penso que desplaçar –gairebé– tota la qüestió a l'art. 149.1.6 CE seria una solució simplista que tindria conseqüències negatives en molts ordres.

D'una banda, el cert és que, avui en dia, i amb la molt important excepció de Catalunya, les Comunitats Autònomes amb competències legislatives civils, fins i tot aquelles que han tenyit habitualment o esporàdicament partits nacionalistes en els seus governs, no han legislat activament en l'àmbit privat patrimonial. Això pot canviar, naturalment, però de moment la fragmentació previsible és de dos sistemes contractuals, no de 7.

D'altra banda, la distribució de competències en matèria contractual s'ha de pensar cas per cas, ja que el problema resulta ser molt diferent segons l'àmbit concret. Emprar un instrument únic i general (la qualificació civil/mercantil de la normativa, amb un biaix a favor de la segona) probablement no ens donarà la solució més adequada a l'assignació de competències normatives en molts sectors. Crec que és millor repensar de veritat i a fons aquestes qüestions, la qual cosa ens permetrà, a més, alliberar-nos de prejudicis i inèrcies que en això com en tantes d'altres coses abunden massa. Per posar un exemple, em sembla que l'arrendament i la compravenda d'immobles no són matèries jurídiques que afectin la unitat de mercat a Espanya, ja que en això els mercats, com és evident, són locals i no nacionals. Llevat la inèrcia històrica –i la retòrica referència a la igualtat en els drets i obligacions en tot el territori nacional–, no s'explica massa bé per què la LAU és necessàriament legislació estatal (recentment, Disposició final 1a Llei 4/2013) quan estem davant de mercats essencialment locals en els quals, d'altra banda, certa experimentació i “competència” entre Comunitats Autònomes semblaria desitjable.

En el cas de la compravenda d'immobles, la normativa de protecció al consumidor immobiliari (que, aquesta sí, pot ser i és autonòmica) i la legislació registral i hipotecària (estatal per un altre títol competencial exclusiu de l'Estat) són més rellevants per a l'activitat contractual de les empreses del sector immobiliari que el conjunt de normes que la PCM dedica al recentment creat “contracte mercantil de compravenda immobiliària”. Per a la unitat de mercat a Espanya és infinitament més rellevant el règim de la penyora (absent de la PCM llevat en el contingut del RD-L 5/2005 i, per la seva banda, objecte d'una extensa normativa en el Codi Civil de Catalunya i fins i tot abans en la legislació especial catalana) o de la fiança (molt escàs en la PCM) que el del lloguer o la venda d'habitatge.

D'altra banda, en l'àmbit contractual sembla convenient canviar la perspectiva pel que fa a

quin ha de ser el règim comú o general. Per al model vuitcentista, les categories actuals de B2C, B2B o C2C són rigorosament intel·ligibles. Precisament perquè som una economia de mercat desenvolupada, els contractes C2C no són representatius del conjunt de les transaccions de l'economia. Es limiten a certs nínxols, no marginals, per descomptat, però tampoc substancials: compravenda i arrendament d'immobles, compravenda de béns de segona mà –quelcom que la crisi i e-bay impulsen, però que té límits intrínsecs a la seva magnitud i desenvolupament-. En relació al C2B, només és rellevant socialment pel que fa al contracte de treball, que per diferents motius està fora entre nosaltres del règim contractual “privat”.

Per tant, el dret comú o general del contracte ha de ser el de les relacions B2C i B2B. Que el model bàsic sigui l'un, amb variants per a l'altre, o l'altre, amb variants per a l'un, és una qüestió molt debatuda i per a la qual caben sensatament solucions diferents (penseu en els Principis Lando, el DCFR o el CESL). Però no sembla massa lògic que, per motius de competències normatives territorials, fem del que hauria de ser el Dret de contractes general el “Dret de contractes especial dels operadors del mercat”. Tots som operadors del mercat en una economia capitalista.

Una darrera i breu referència és probablement necessària per a posar en la seva justa perspectiva el disseny contractual de la PCM. La inacció i la desídia del legislador estatal en matèria de dret civil patrimonial han estat des de fa temps i continuen essent avui en dia simplement sorprenents. No és estrany que es vulgui ocupar l'espai que s'ha deixat buit durant tants i tants anys. Potser el més fructífer, i realista, a data d'avui fóra una consideració coordinada de l'Avantprojecte de Llei de Modernització del Dret d'Obligacions i Contractes, elaborat per la mateixa Comissió General de Codificació (encara que per la secció de Dret Civil) i dels Llibres IV i V de la PCM, per tal de avançar en la regulació legal de la matèria contractual a Espanya, que bona falta li fa.

Fernando Gómez Pomar