



Universidad  
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Guisado Moreno, Angela. Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes del proyectado Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 182-201. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21080>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL PROYECTADO CÓDIGO MERCANTIL

ÁNGELA GUIADO MORENO\*

## Resumen

Descartada la vía de la legislación civil para alcanzar la unidad de mercado, el Anteproyecto de Código Mercantil se propone lograrla estableciendo unas mismas normas contractuales que sean aplicables a las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional. Para ello delimita su propia materia por referencia, no ya a los empresarios, sino a los «operadores del mercado», con la consiguiente ampliación del perímetro de lo mercantil, que asimismo abarca los contratos con los consumidores. Con este planteamiento se apuesta por la opción de un Código mercantil regulador de la práctica totalidad de la actividad económica, renunciando a una – ciertamente compleja, pero en cualquier caso deseable- unificación del Derecho privado de contratos. Como era previsible, estas cuestiones han generado un intenso y ardiente debate.

## Contenido

1. Introducción. – 2. ¿Por qué un nuevo Código mercantil? – . 2. 1. Necesidad de reordenar y actualizar la legislación mercantil. – 2.2. Necesidad de hacer efectiva la unidad de mercado. – 3. La ampliación del criterio de la mercantilidad. – 4. ¿Por qué unas normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en el proyectado Código mercantil? – 4.1. Breve referencia al contenido del Libro IV. – 4.2. La indiscutible constitucionalidad del Libro IV. – 4.3. ¿Había otras alternativas para alcanzar la unidad de mercado? – 5. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Ciento treinta años después de la promulgación de nuestro vigente Código de Comercio contamos con un Anteproyecto de Ley de un nuevo Código Mercantil (en adelante, ACM), aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014. Como es sabido, este ACM se basó en la Propuesta de Código Mercantil de 2013 (Propuesta de CM, en lo sucesivo)<sup>1</sup> elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de la que en su calidad de Vocal Permanente, formó parte el profesor ILLESCAS<sup>2</sup>.

Además de unificar y modernizar la materia mercantil, poniendo fin a la

---

\* Profesora TEU de Derecho Mercantil de la Universidad de Extremadura.

<sup>1</sup> El ACM presenta diferencias importantes con respecto a la Propuesta de CM, siendo el resultado de los considerables cambios introducidos en esta última tras el proceso de información pública.

<sup>2</sup> Sirva este trabajo como modesta aportación al Libro Homenaje dedicado al profesor ILLESCAS, y como muestra de mi respeto y admiración. Asomarse a su currículum produce vértigo, pero creo que no exagero al afirmar que por muy alto que vuelen sus méritos académicos y profesionales, aún lo hacen más sus cualidades personales.

tradicional dispersión normativa, el proyectado Código mercantil responde al propósito fundamental de asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que promueve la Constitución (art. 139.2 CE), estableciendo unas mismas normas que sean aplicables a las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional. Todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil.

Como veremos, en aras de la unidad de mercado y por los propios condicionamientos constitucionales, la delimitación de la materia mercantil se hace por referencia, no ya a los empresarios “mercantiles”, ni siquiera a los empresarios en sentido amplio, sino a los llamados “operadores de mercado”, un concepto de amplio espectro que tiene como consecuencia una sustancial ampliación del perímetro de lo mercantil. Cuestión ésta que viene siendo muy criticada por importantes sectores de la doctrina que sostienen que se trata de una injustificada ampliación que opera “en detrimento” del Derecho civil.

Especial polémica ha desatado asimismo el contenido de algunos libros del ACM, y en particular, del Libro IV, que en la línea de lo que viene siendo una constante en nuestra codificación mercantil, establece unas normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general. Este libro ha sido criticado por muy diversas razones, y fundamentalmente, por entenderse que contiene una regulación excesiva y totalmente inadecuada de la materia, que algunos autores han llegado a tachar nada menos que de inconstitucional por no respetar la distribución de competencias que nuestra Constitución establece en materia de legislación civil y de legislación mercantil.

Por supuesto, es entendible que en un contexto tan agitado y convulso como el actual se cuestione ya no sólo la necesidad de promulgar un nuevo Código mercantil, sino, sobre todo, la de promulgar un Código de tan dilatado alcance como el concebido por en el ACM. ¿Es realmente necesario un Código mercantil de tan amplio espectro para alcanzar los objetivos que se persiguen con su promulgación?. Habrá que ver, por tanto, hasta qué punto estaría justificado este nuevo Código en el momento y en el contexto actual, y si el mismo encaja dentro del marco de actuación que la propia Constitución atribuye al Estado en materia de legislación mercantil. Cuestiones ambas que de confirmarse justificarían la promulgación del proyectado Código (más allá de sus defectos e inconvenientes), si no como la solución perfecta, si al menos como el cauce más idóneo y efectivo del que dispone el Estado en el momento y en el contexto actual para alcanzar la unidad de mercado.

Por razones de orden, centraremos nuestra atención en tres aspectos controvertidos y cuestionables en opinión de algunos sectores de la doctrina: la necesidad de un nuevo Código mercantil (2), la sustancial ampliación del criterio de la mercantilidad (3) y la regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en el proyectado Código mercantil (4). Finalmente, este trabajo se cierra con unas conclusiones (5).

## 2. ¿POR QUÉ UN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL?

Inevitable preguntarse por qué se ha impulsado la elaboración de un nuevo Código mercantil o, lo que es lo mismo, cuáles son los objetivos, propósitos o razones que vendrían a justificar esta nueva codificación o recodificación. Pues bien, estas razones se confiesan abiertamente en la E de M. del ACM, y pueden reconducirse, básicamente, a dos: de una parte, poner fin al arcaísmo y la dispersión normativa existente en la materia; de otra parte, hacer efectiva la unidad de mercado en el ámbito jurídico-privado mediante la legislación mercantil que la Constitución atribuye al Estado<sup>3</sup>. Todo ello en aras de aumentar la seguridad jurídica y la agilidad del tráfico económico.

### 2. 1. Reordenar y actualizar la legislación mercantil

La promulgación de un nuevo Código vendría justificada por la necesidad de reordenar y actualizar nuestra legislación mercantil, poniendo fin al anacronismo y dispersión existente en la materia. Ciento treinta años de profundos y acelerados cambios hacen que resulte más que patente la necesidad de adecuar el viejo Código a la nueva realidad política y económica, pues el recurso a la promulgación de un sinfín de leyes especiales no ha sido satisfactorio, dadas las divergencias y la falta de coherencia entre el derecho codificado y el contenido en muchas de esas leyes especiales, y a la vista de la inflación legislativa que ha provocado. En definitiva, nos encontramos ante un Código de comercio (todo lo venerable que se quiera, pero más que arcaico) y ante toda una jungla de leyes especiales que, aunque promulgadas para salir al paso de las nuevas exigencias del tráfico económico, no han conseguido poner fin al caótico panorama que, en conjunto, ofrece nuestra legislación mercantil, con el correspondiente quebranto de la seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, parece evidente que la inclusión de nuestras normas mercantiles en un mismo cuerpo legal dotará de seguridad jurídica al tráfico económico<sup>4</sup>, en el entendimiento, claro está, de que la incorporación de esas normas al nuevo Código no puede acometerse de cualquier modo y manera. Es preciso modernizar y actualizar la legislación mercantil, coordinando todas las materias que se incorporan, tanto las que se regulan por primera vez como las que ya cuentan con regulación (dentro o fuera del Código actual), de forma que el texto resultante sea coherente y responda a la nueva realidad del mercado. Sólo así la promulgación del futuro Código fomentará la seguridad jurídica<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Razones ambas que ya estaban en la Propuesta de CM, dado que la Sección de lo Mercantil de la Comisión General de Codificación, cuando asume el encargo del Ministerio de Justicia de elaborar el texto del nuevo Código mercantil, no hace sino seguir al pie de la letra los designios de la Orden de 7 de noviembre de 2006.

<sup>4</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Acerca del nuevo Código Mercantil», en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, 2013, pp. 29-34, esp. p. 30.

<sup>5</sup> También en esta línea de opinión BERCOVITZ, «Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.), Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2014, pp. 37-54, esp. p. 42.

Es sabido, por otra parte, que por mucho que se venga cuestionando la idoneidad del método codificador o recodificador en nuestros días<sup>6</sup>, lo cierto es que no han dejado de promulgarse nuevos Códigos, incluso de comercio (sin ir más lejos, el francés de 2000 y el austriaco de 2007, en nuestro entorno próximo). Luego, si por la vía de un nuevo Código mercantil se logra reordenar coherentemente y actualizar convenientemente la materia, incrementando la seguridad jurídica, ya sería un logro digno de aplauso.

Ahora bien, otra cosa es que el proyectado Código mercantil (en los términos en que lo concibe el ACM) consiga alcanzar plenamente este objetivo, cuando no puede dejar de reconocerse que presenta evidentes carencias e incoherencias. Entre otras cuestiones, se ha reprochado que el ACM no responde ni al concepto tradicional ni al moderno de Código porque no vertebra coordinadamente las materias que regula, asemejándose más a una mera refundición asistemática de muy diversas normativas sectoriales<sup>7</sup>, o que no se trata de un verdadero texto unificador, porque califica como mercantiles materias que luego no incorpora, con lo que en realidad ni codifica ni unifica la materia pretendidamente regulada<sup>8</sup>. En efecto, es evidente que el ACM renuncia a una recopilación exhaustiva de la legislación mercantil (así lo reconoce el art. 001-4), dejando fuera importantes materias, pese a tratarse en algunos casos de temáticas que forman parte del “núcleo duro” del Derecho mercantil, y aun cuando la mayoría de ellas sí estaban reguladas en la Propuesta de CM<sup>9</sup>.

Aunque se han aducido diversos motivos para justificar la exclusión de tales materias, éstos no siempre resultan suficientemente convincentes. La exclusión podría estar justificada en algunos casos<sup>10</sup>, pero en otros, como por ejemplo, la defensa de

---

<sup>6</sup> Recientemente, ALFARO, quien sostiene que codificar el Derecho Privado sólo tiene sentido “cuando hay un cambio de régimen político y económico que altera fundamentalmente el sistema económico y a sus instituciones básicas (propiedad y contratos)”, lo que no ha sucedido en nuestro país, donde rige el sistema de economía de mercado desde hace mucho tiempo, y cuando además -añade este autor- “Las nuevas tecnologías han reducido muy notablemente los costes de la dispersión normativa, permitiendo el fácil acceso a la normativa vigente, sin necesidad de una codificación”. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El Anteproyecto de Código Mercantil (I)», 5 de mayo de 2014, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html> (consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014).

<sup>7</sup> GRUPO ACTUALIZA, «Alegaciones a la Propuesta de Código mercantil hechas por el Grupo Actualiza», *ADC*, t. LXVII, 2014, «fasc. I, pp. 219-225, esp. p. 220.

<sup>8</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>.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 de 2014, pp. 7-27, esp. p. 9 y 13.

<sup>9</sup> Se han excluido de regulación dentro del ACM la defensa de la competencia; el contrato de distribución; los turísticos; los contratos de transporte (terrestre, marítimo y aéreo); algunos contratos bancarios de garantía; las operaciones del mercado de valores; y las anotaciones en cuenta. Tampoco se regulan las operaciones con consumidores. Así pues, la regulación de todas estas materias queda remitida a su respectiva normativa específica (art. 001-4).

<sup>10</sup> Entendemos que podría estar justificada la exclusión de materias como las siguientes: 1) El Derecho concursal (por su componente de Derecho procesal -y civil- y porque su incorporación supondría exceder los límites razonables del futuro Código). 2) Los contratos de transporte teniendo en cuenta: que el Derecho marítimo siempre se consideró como una parte autónoma dentro de la legislación mercantil, razón por la que recientemente se publicó la Ley 14/2014, de Navegación Marítima; la existencia de una ley relativamente reciente sobre el transporte terrestre de mercancías (la Ley 15/2009); la dificultad de formular unas normas mínimas para el transporte terrestre de pasajeros, por la diversidad de instancias (centrales, autonómicas, locales) con competencia en la materia y la variedad de medios empleados, así

competencia, o de contratos como los turísticos y los de distribución, es más difícil de entender, no descartándose que obedezca más a razones de índole política que a consideraciones de tipo científico o jurídico<sup>11</sup>.

Mención especial merecen las normas de protección de los consumidores, calificadas como mercantiles aunque no incorporadas al ACM. Exclusión justificada sobre la base de que, siendo estas normas fundamentalmente imperativas y siendo la Ley de protección de los consumidores de 2007 (LGDCU) un texto relativamente nuevo y prácticamente equiparable a un Código sobre la materia, no parece oportuna su derogación y traslación de su contenido al proyectado Código mercantil (E. de M. I-34). A lo que habría que añadir otra razón de peso que el ACM parece olvidar, y es que se trata de una materia sometida (ésta mucho más que otras) al permanente impacto de las directivas comunitarias (testimonio reciente de ello, la reforma de la LGDCU por la Ley 3/2014, a fin de adaptarla a la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores).

Con todo, no deja de resultar un tanto incongruente que el texto legal «*que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula*» se aparte de esta consigna. Vaya en su descargo que, frente a las grandes codificaciones racionalistas del siglo XIX (que respondían al perfil de texto único, con vocación sistemática y de permanencia), la actual codificación sigue otros derroteros. Hoy sería impensable esa idea decimonónica de Código, y ya no tanto porque la propia realidad que ha de regular es, por definición, contingente, sino porque la misma extensión y heterogeneidad de la materia mercantil hace muy difícil su plena codificación<sup>12</sup>. De ahí la tendencia a una codificación sin grandes pretensiones de perennidad, problema que ya hoy se aminora mediante el sistema de la numeración separada de artículos (que facilita futuras modificaciones) y que podría técnicamente remediarse en un futuro mediante Códigos “virtuales”<sup>13</sup>.

En cualquier caso, y aun cuando sigue habiendo dispersión normativa pues la codificación o unificación de algunas materias es nula o deficiente en el ACM, es obvio que estamos ante un conjunto normativo que aglutina una parte muy significativa de las normas con relevancia en el ámbito mercantil. Luego, aun no produciéndose la

---

como su sujeción al Derecho de la UE; algo similar ocurre con el transporte aéreo, sujeto tanto a normativa comunitaria como internacional, y pendiente de una nueva Ley de Navegación Aérea. 3) Las operaciones del Mercado de Valores, que disponen de normativa específica y de un ente regulador y supervisor, la CNMV. 4) Las normas de protección del consumidor, por la propia fisonomía de esta materia que, además cuenta con un marco normativo relativamente reciente.

<sup>11</sup> En este sentido, PAZ-ARES, C., «La codificación del Derecho de la competencia: valoración general» en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., pp. 251-256, esp. pp. 254-255; y en esta misma obra colectiva, respecto a los contratos turísticos, MARTÍNEZ NADAL, A., «La regulación de los contratos turísticos en la Propuesta de Código Mercantil de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación», p. 481, y respecto a los contratos de distribución, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., «Los contratos de colaboración», p. 485.

<sup>12</sup> Así también, GONDRA ROMERO, J.M<sup>a</sup>., «La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado», *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 27-51 (consultado en su versión electrónica).

<sup>13</sup> Ello sería posible mediante un portal electrónico mantenido y actualizado por el Ministerio de Justicia en el que diariamente se vayan consolidando y refundiendo las normas vigentes y dotado de un índice analítico y un tesoro potentes que permitan de manera efectiva localizar toda la normativa en vigor aplicable a una determinada materia. *Vid.* SÁNCHEZ GRAELLS, A., en <http://howtocrackanut.blogspot.com.es/2012/01/nuevo-codigo-mercantil-virtual-es.html> (Consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014).

codificación total de la materia mercantil -lo que sería prácticamente imposible en nuestros días-, sí se consigue una elevada codificación de la misma<sup>14</sup>, que sin duda redundará en beneficio de la seguridad jurídica.

## 2.2. Hacer efectiva la unidad de mercado

Al igual que está justificada la necesidad de un mercado europeo único, también lo está la configuración unitaria del mercado español, cuya afirmación y defensa vienen impuestas por exigencias constitucionales, como viene postulando un relevante sector de la doctrina<sup>15</sup>.

En efecto, el artículo 139.2 CE impone la exigencia de mantener la unidad de mercado, lo que a su vez exige la unidad de su regulación jurídica, y ésta sólo puede garantizarse mediante un conjunto de normas que sean aplicables a las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional. Como se motiva en el ACM, no sería compatible con la exigencia constitucional de la unidad de mercado que a las operaciones mercantiles hubieran de aplicarse reglas distintas en función de la parte del territorio nacional donde tuviera su domicilio o su sede la otra parte contratante.

Pues bien, en nuestro actual sistema jurídico parece claro que esto hoy sólo puede garantizarse a través de la legislación mercantil, por ser ésta de indiscutible competencia estatal (art. 149.1.6ª CE), al contrario de lo que sucede con la legislación civil, en la que el Estado, en relación con la materia contractual, sólo tiene atribuida la competencia exclusiva en lo referente a «las bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8ª CE). El resto de la materia contractual civil, como es sabido, es competencia tanto del Estado como de las CC.AA que, en virtud del reconocimiento constitucional de sus derechos civiles forales o especiales, tienen atribuida la competencia en Derecho civil, pudiendo, por consiguiente, legislar en materia contractual, siempre que respeten esas “bases” (art. 146.1.8ª CE).

En definitiva, mientras que la legislación mercantil es estatal y única en todo el ámbito nacional, la legislación civil, por el contrario, es fragmentada y plural. Y de ahí que el logro de la unidad de mercado, como decimos, se confíe a la legislación mercantil, materia en la que el Estado tiene la competencia exclusiva. Desde este planteamiento estaría justificada la promulgación de un nuevo Código mercantil en la medida en que venga a asegurar esa regulación unitaria, imprescindible para alcanzar la unidad de mercado, evitando así la coexistencia de normativas dispares que generan inseguridad jurídica y tienden a fracturar la unidad de mercado.

Es evidente que a través de la legislación civil no podría alcanzarse tal objetivo, porque ésta no puede garantizar ese régimen contractual homogéneo en todo el territorio nacional dado su carácter fragmentado y plural (sólo un ejemplo: el Código civil de Cataluña dispone en su art. 111.4 que la regulación contenida en el mismo constituye el

---

<sup>14</sup> También en este sentido, el Dictamen del Consejo Económico y Social (Dictamen 5/2014, p. 4).

<sup>15</sup> Por todos, el espléndido trabajo de JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «La unidad del mercado nacional en la Constitución Española», en VV.AA, *La España de las autonomías 25 años después* (coord. Joan Lerna Blasco *et al*), 2005, pp. 93-100. Trabajo en el que el autor hace amplia referencia tanto a la jurisprudencia del TS y del TC, como a la doctrina jurídica que, posicionada sobre el tema, suscribe este planteamiento.

Derecho común que rige en esa Comunidad Autónoma). Y la legislación civil es fragmentada y plural, no ya sólo porque se trate de una competencia compartida entre el Estado y algunas CC.AA, sino también, y sobre todo, porque el límite de «las bases de las obligaciones contractuales» es tan difuso y ambiguo que hasta ahora no ha servido para frenar las extralimitaciones de competencias por parte de esas CC.AA, provocando divergencias normativas en materia contractual que generan inseguridad jurídica y perturban la unidad de mercado. Son bien conocidos, en efecto, los excesos regulatorios que sistemáticamente se vienen cometiendo por parte de algunos Parlamentos autonómicos, difíciles de combatir en muchos casos por la vía del recurso de inconstitucionalidad, dada la fina línea entre lo que son las “bases” (competencia exclusiva del Estado) y las competencias constitucionalmente reconocidas a esas CC.AA para «la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales». Aunque tampoco faltan, desde luego, los que podríamos denominar “excesos regulatorios tolerados”, esto es, cuando por razones políticas el recurso de inconstitucionalidad ni siquiera llega a plantearse para no hacer peligrar el apoyo que el Gobierno central de turno necesita de los poderes políticos autonómicos<sup>16</sup>, con la penosa y escandalosa consecuencia de que normas claramente inconstitucionales adquieren el *status* de normas constitucionales<sup>17</sup>.

Y esta es hoy la situación, “atípica” y “particular” (nos guste o no), en que se encuentran nuestro mercado y nuestro Derecho privado, situación que, en buena lógica, se intenta remediar a través del proyectado Código mercantil que, como no podía ser de otra manera, establece unas normas o principios básicos contractuales aplicables a las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional. Como veremos, estas normas son, básicamente, las contenidas en el Libro IV del ACM, que lleva por rótulo *De las obligaciones y contratos mercantiles en general* (y que se complementan con las incluidas en el Libro V, *De los contratos mercantiles en particular*).

### 3. LA AMPLIACIÓN DEL CRITERIO DE LA MERCANTILIDAD

Es fácil comprender que los criterios de delimitación de la materia mercantil han ido cambiando a lo largo del tiempo en función de la propia evolución del Derecho mercantil, categoría esencialmente histórica que ha tenido que ir adaptándose a las nuevas necesidades del tráfico económico. Como se ha dicho, es evidente que hoy no podemos pretender anclar el futuro Código mercantil en los criterios delimitadores de finales del siglo XIX<sup>18</sup> (el comerciante y el comercio), ni siquiera en los que se

---

<sup>16</sup> También sobre esta cuestión, BERCOVITZ, «Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil», cit., pp. 46-47.

<sup>17</sup> Sobre los excesos regulatorios (frecuentemente inconstitucionales) por parte de las CC.AA, el ingenioso trabajo de YZQUIERDO TOLSADA, M., «Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil (1)», *Diario La Ley*, núm. 8439, 11.12.2014. Aunque nosotros hemos utilizado la versión electrónica, accesible en LA LEY grupo Wolters Kluwer, <http://www.diariolaley.laley.es/Content/DocumentoLaunch.aspx?params> (consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014).

<sup>18</sup> BERCOVITZ, «Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil», cit., p. 42.

acogieron más tarde con el desarrollo de la industria y los servicios (el empresario y la empresa *-rectius*, el empresario y los actos de empresa-), resultando exigible que esa delimitación se haga hoy tomando como referencia el mercado, sus operadores y la actividad profesional propia de éstos<sup>19</sup>.

Este es, en efecto, el planteamiento del ACM, que en concordancia con las modernas tendencias doctrinales, con los postulados de la constitución económica en que ha de insertarse el cuerpo legal y con la realidad del tráfico, da por superada la distinción entre empresarios “mercantiles” y “civiles” y acoge el nuevo concepto de operadores de mercado, un concepto de amplio espectro que comprende a los empresarios pero también a los restantes sujetos que, no siendo empresarios en el sentido estricto del término, actúan de forma organizada y profesional poniendo bienes y servicios en el mercado. Sujetos que hoy están, en buena medida, equiparados a los empresarios, como podemos observar en el Derecho de la UE y en determinados ámbitos del nuestro, como el Derecho industrial y el Derecho de los consumidores (E. de M. I-12).

La materia regulada es, por tanto, la referida a las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos, nuevo concepto con arreglo al cual se delimita el ámbito subjetivo del proyectado Código mercantil que, de ver la luz, resultará aplicable a todos aquellos sujetos (empresarios o no) que producen bienes o prestan servicios para el mercado de forma organizada y profesional. Por tanto, en el concepto de operadores de mercado entran, además de los empresarios “mercantiles”, los empresarios dedicados a la agricultura (incluida la ganadería) y la artesanía cuya actividad se despliegue en el mercado; los profesionales que ejercen actividades intelectuales (sean científicas, liberales o artísticas), cuyos bienes o servicios destinen al mercado; las personas jurídicas de cualquier naturaleza y objeto (como asociaciones y fundaciones) que asimismo destinen sus bienes y/o servicios al mercado; e incluso los entes sin personalidad jurídica (como fondos de inversión y uniones temporales) cuando por medio de ellos se pongan bienes y/o servicios en el mercado<sup>20</sup>.

Pero, inevitablemente, este nuevo paradigma de la mercantilidad (los operadores económicos y sus operaciones de mercado) tiene como consecuencia el ensanchamiento de la materia mercantil<sup>21</sup>, justificado sobre la base de que en el mercado operan tanto los empresarios (todos ellos sin distinción alguna, y cualquiera que sea el tipo de bienes que produzcan o el tipo de servicios que presten), como otros muchos sujetos que, de forma similar, ofrecen sus bienes y servicios en el mercado<sup>22</sup>. Bien pensado, el criterio que

---

<sup>19</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍOS, Á «El Código Mercantil», en *RDM*, núm. 286, 2012, pp. 15-22, esp. p. 19; GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Los contratos de intercambio de bienes en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., pp. 343-366, esp. pp. 349-350.

<sup>20</sup> Sobre estas cuestiones, OLIVENCIA RUIZ, M., «Delimitación de la materia mercantil», *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., pp. 57-67, esp. p. 47 (también en «El Título Preliminar de la Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 11-26); VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “Propuesta de Código Mercantil”», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., pp. 315-326, esp. pp. 318-319.

<sup>21</sup> En efecto, la simple lectura del art. 001-2 (ámbito subjetivo: todos los operadores de mercado aquí comprendidos) y del art. 001-3 (ámbito objetivo: todas las actividades de mercado aquí incluidas) nos da una idea de la sustancial ampliación de la materia mercantil en el ACM.

<sup>22</sup> Así, OLIVENCIA., «Delimitación de la materia mercantil», *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., p. 61.

sigue el ACM no es sino fiel reflejo de la propia realidad, pues es un hecho que la expansión natural del Derecho mercantil ha ido invadiendo otras zonas del Derecho privado, y que hoy, junto a los empresarios, muchos otros operadores ofrecen sus bienes y servicios de manera profesional y actuando con criterios de mercado (ya sea en relaciones empresariales o en relaciones con consumidores).

Con este nuevo planteamiento desaparece de un plumazo la clásica problemática de los actos mixtos, desde el momento en que para el proyectado Código mercantil son mercantiles los contratos en que intervienen operadores de mercado en actividades de producción de bienes y servicios para el mercado, independientemente de quién sea su contraparte contractual. Y, en lógica consecuencia, el ACM califica como mercantiles los contratos con consumidores, opción correcta a nuestro juicio en un sistema dualista y “atípico” de Derecho privado como es el nuestro<sup>23</sup>.

Luego, es evidente que el ACM (al igual que previamente la Propuesta de CM) sigue el criterio interpretativo general de considerar mercantiles todos aquellos contratos realizados por un empresario u operador económico en el marco de su actividad empresarial/profesional, por lo que, de prosperar, el futuro Código mercantil resultará aplicable a la práctica totalidad de la actividad económica del mercado, dejando fuera sólo las operaciones entre particulares (que, aunque menos relevantes económicamente, obviamente, también son de mercado).

Como era previsible, este planteamiento ha sido muy criticado por la doctrina, sobre la base de que supone (dicho sea en términos de síntesis): concebir el Derecho mercantil como Derecho privado del mercado, relegar al Derecho general (civil) a un papel meramente residual, subvertir el significado de ambos términos (general/especial) y la relación entre el Derecho civil y el mercantil<sup>24</sup>. Críticas que podemos entender, y

---

<sup>23</sup> Opinión que sostenemos sobre la base del siguiente razonamiento: la protección del consumidor tiene sentido y está justificada frente al empresario/profesional (en el contexto de un tráfico masivo y profesionalizado), pero nunca frente a otro particular, y sabido es que el Derecho civil regula relaciones entre particulares. Precisamente por ello, las normas tuitivas de los consumidores son aplicables a las obligaciones y contratos mercantiles, no a los civiles. De hecho, la intervención de un consumidor en un contrato no priva a este contrato de su carácter mercantil, si bien activa la aplicación de las correspondientes normas sectoriales –mercantiles- sobre protección de los consumidores. Ahora bien, cuestión distinta es que resulte conveniente unificar el Derecho de contratos, en cuyo caso, todas las relaciones contractuales estarían sometidas a un mismo régimen, sin perjuicio de las oportunas matizaciones que pudieran establecerse en función de que la contraparte sea un empresario/profesional o un consumidor. A favor de la calificación como mercantiles de las normas (de Derecho privado) protectoras de los consumidores, por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., y DÍAZ MORENO, A., «Carácter mercantil de las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación y de la tutela de la parte débil en los contratos celebrados por consumidores y usuarios», en *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. José Antonio Gómez Segade*, cit., pp. 957-965.

<sup>24</sup> Entre otros, GRUPO ACTUALIZA, «Alegaciones a la Propuesta de Código mercantil ...», cit., pp. 220-221; GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos ...», cit., pp. 9-13; GONDRA, «La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil ...», op. cit. (consultado en su versión electrónica por última vez el 20 de diciembre de 2014); 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, esp. p. 51; ALFARO, «El Anteproyecto de Código Mercantil (I)», 5 de mayo de 2014, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>, cit., (Consultado la última vez el 22 diciembre de 2014); YZQUIERDO TOLSADA, M., El Anteproyecto de Código mercantil y los pecados capitales, en <http://hayderecho.com/2014/06/30/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-y-los-pecados-capitales/> (Consultado el día 22 de diciembre de 2014).

hasta compartir en cierta medida, pero somos conscientes de que versan sobre cuestiones que, en realidad, no son sino el precipitado inevitable de la opción elegida por el legislador, que no es otra que el mantenimiento del sistema dualista civil-mercantil. Qué duda cabe de que los problemas e inconvenientes derivados de regular por separado la materia contractual mercantil (ACM) y la civil (Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009, aunque en *stand by* y sin visos de prosperar por el momento) se resolverían unificando nuestro Derecho de contratos. Y en este sentido, es evidente que ninguno de estos dos textos camina en la dirección correcta, que no es otra, a nuestro juicio, que la de apostar por un modelo de obligaciones y contratos unificado, donde se dé por superada la división entre lo civil y lo mercantil, sin perjuicio de las oportunas matizaciones que pudieran establecerse en función de que la contraparte sea un empresario/profesional o un consumidor, en la línea de lo que ya han hecho otros países de nuestro entorno y de las modernas orientaciones de reforma que imperan tanto en el ámbito europeo como en el internacional.

Pero, no hay duda de que, aunque el punto de partida fuera que civilistas y mercantilistas trabajaran juntos, las sustanciales divergencias entre el ACM (y previamente, la Propuesta de CM) y la Propuesta de reforma civil de 2009 denotan la absoluta falta de coordinación entre la Sección de Derecho Civil y la de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en la preparación de sus trabajos, excusable, en cualquier caso, pues aun siendo estas Secciones el órgano consultivo del Ministerio de Justicia, no dejan de actuar como “mandatarias”, asumiendo un encargo que lleva implícita “una obligación de resultado”, obligación que, obviamente, no ha sido la de unificar los contratos civiles y mercantiles<sup>25</sup>. Pero, es evidente que las sustanciales diferencias entre el ACM y la Propuesta de reforma civil también revelan cuál viene siendo la postura del Gobierno español en este tema. Y la postura del Gobierno español (de cualquier signo político) en este tema, tanto antes como ahora, viene siendo la de no impulsar la unificación de nuestro Derecho privado patrimonial, y ni siquiera la unificación de la materia contractual. Esta falta de voluntad política podría obedecer a la imposibilidad constitucional o, cuanto menos, a la enorme dificultad de abordar tal unificación sin empeorar el actual estado de la cuestión. Un tema, sin duda, envenenado, por las consecuencias que tendría para las CC.AA con competencias en Derecho civil y, por tanto, en materia contractual. Pero, en cualquier caso, si a alguien hay que imputarle la responsabilidad por no abordar esta reforma y persistir en el mantenimiento del sistema dualista, no es ni a la Sección de lo Mercantil ni la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, sino a quien toma las decisiones de

---

<sup>25</sup> De ahí que no podamos compartir las críticas a la actuación de la Sección de lo Mercantil de la Comisión General de Codificación formuladas por algunos autores, entre otros, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *Diario La Ley*, núm. 8172, de 17.10. 2013, aunque nosotros hemos utilizado la versión electrónica, accesible en LA LEY grupo Wolters Kluwer, en [http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin56/Articulos\\_56/Albiez-Dohrmann.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin56/Articulos_56/Albiez-Dohrmann.pdf) (consultado el 18 de diciembre de 2014); y GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos ...», cit., p. 8.

política jurídica. Luego, cuidado, no matemos al mensajero, ni nos empecinemos en batirnos con el enemigo equivocado.

#### **4. ¿POR QUÉ UNAS NORMAS SOBRE OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL EN EL PROYECTADO CÓDIGO MERCANTIL?**

El Libro IV del ACM, *De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general*, está dividido, en cuanto a su estructura, en dos títulos: el Título I, *Disposiciones generales* (arts. 411-1 a 418-6) y el Título II, *De las formas especiales de contratación* (arts. 421-1 a 450-9). Y en lógica concordancia, el Libro V contiene una regulación (aunque incompleta) de los contratos mercantiles.

Dada la necesaria limitación de este trabajo, nuestro propósito no es entrar en el análisis pormenorizado del Libro IV, sino tan sólo el de hacer algunas observaciones en relación con su contenido y su propia razón de ser, centrando la atención en algunas cuestiones polémicas y, más particularmente, en su ajuste al marco constitucional.

##### **4.1. Breve referencia al contenido del Libro IV**

Ya de entrada avanzamos que, a nuestro juicio, el contenido del Libro IV abarca materias cuya inclusión difícilmente puede cuestionarse hoy en un Código mercantil (y lo mismo cabría afirmar en relación con el Libro V). Y aunque las críticas tanto al contenido como a la propia razón de ser del Libro IV han sido especialmente furibundas, no vemos, en realidad, motivos para tanta alarma, y ello por dos órdenes de razones. En primer lugar, porque ésta ha sido la pauta a seguir ya desde los inicios de la codificación mercantil: incluir las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, por entenderse que esto es fundamental para poder asegurar la unidad de mercado (así lo hicieron en su día tanto el Código de comercio de 1829 como el vigente de 1885). En segundo lugar, porque el establecimiento de esas normas tiene su fundamento en el artículo 149.1.6ª CE, título competencial desde el que no parece discutible que el Estado pueda establecer unas normas generales relativas a las obligaciones y contratos mercantiles, propósito del Libro IV (como tampoco que pueda establecer una regulación de los contratos mercantiles, propósito del Libro V).

En efecto, el Título I del Libro IV contiene unas disposiciones generales aplicables al conjunto de la contratación mercantil. Así intenta explicarlo, aunque pésimamente, la mal redactada E. de M. I-36, que viene a decir que con tales normas se trata de asegurar la homogeneidad en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando así que puedan plantearse regulaciones distintas en esta materia por parte de los derechos civiles autonómicos. La inclusión de estas normas generales está justificada dado que, añade la E. de M. I-36, «son fundamentales por cuanto constituyen los criterios básicos que son aplicables a los contratos mercantiles en particular». En fin, la idea es clara: se trata, en definitiva, de que esas normas contractuales aplicables a las operaciones mercantiles sean las mismas en todo el ámbito

nacional. No hará falta insistir en los obstáculos que representan las disparidades normativas en materia contractual y el efecto disuasorio que provocan en el tráfico económico, tanto en perjuicio de los empresarios/operadores de mercado como de los consumidores.

Por otra parte, y como se ha dicho, a través de estas disposiciones generales contenidas en el Título I se ha intentado seguir el *íter* contractual, regulando aquellos aspectos especialmente relevantes para que el contrato, como instrumento indispensable del tráfico mercantil, sirva a las necesidades de este tráfico, en el que se presenta, no ya como un acto aislado, sino integrado en una actividad profesional<sup>26</sup>. En esta lógica, esas normas van referidas a las distintas fases de la relación contractual mercantil: desde la fase precontractual hasta los supuestos de incumplimiento o de morosidad en el cumplimiento, pasando por la perfección, la modificación, la interpretación, el cumplimiento del contrato, y su extinción y excesiva morosidad. Se trata, en cualquier caso, de normas que tienen un especial significado en un tráfico profesional, organizado y masificado, en el que el contrato juega un rol fundamental. Pero con un matiz importante, y es que estas normas tienen, por lo general, carácter dispositivo, por lo que sólo entrarán en juego en ausencia de acuerdo entre las partes, y por lo que respecta a las relaciones con consumidores, sólo cuando no colisionen con las normas protectoras de éstos.

Estamos, por consiguiente, no ante una regulación exhaustiva, sino ante un conjunto de normas simplificado y flexible aplicable a los contratos mercantiles, sin perjuicio de que las partes puedan con carácter general renunciar a ellas, y sin perjuicio, obviamente, del carácter subsidiario de las normas del Código civil. Es obvio que el contenido del Libro IV no pretende establecer una teoría general del contrato ni invadir o suplantar la regulación propia del Código civil, sino tan sólo articular, bajo el principio general de disponibilidad de sus normas, algunas reglas específicas que resultan básicas en sede de obligaciones y contratos mercantiles. De ahí que, como se ha dicho, estas normas se dirijan a regular aquellos aspectos que tienen especial relevancia o, al menos, una incidencia muy clara en el moderno tráfico mercantil<sup>27</sup>.

En cuanto al contenido del Título II (*De las formas especiales de contratación*), consideramos que en el ACM no podía faltar una regulación, siquiera mínima, de la moderna contratación electrónica (surgida en el ámbito mercantil, en el aun hoy es donde tiene una mayor importancia económica), como tampoco de la contratación en pública subasta y la contratación a través de máquinas automáticas, como formas especiales de contratación en el ámbito mercantil en las que, además, la formación del consentimiento contractual presenta sus propias especificidades. Y por ser típicas de la contratación mercantil moderna, tampoco podían faltar en el ACM unas previsiones referidas a las condiciones generales de la contratación, surgidas en el marco del tráfico profesional y estandarizado, que es el que despliegan todo su potencial (si bien esta regulación es mejorable en nuestra opinión). Igualmente justificada están las previsiones relativas a las cláusulas de confidencialidad y exclusiva, sin duda, propias de un tráfico

---

<sup>26</sup> VÉRGEZ, «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en la “Propuesta de Código Mercantil”», cit., pp. 315-326, esp. p. 320.

<sup>27</sup> VÉRGEZ, *ibidem*.

profesional realizado en torno al mercado, así como la incorporación de unas normas muy concretas y específicas sobre la cesión de créditos mercantiles, tan utilizada para la financiación de las operaciones mercantiles.

Con todo, y aunque no cuestionamos la opción del ACM de incluir las normas básicas sobre obligaciones y contratos mercantiles, es cierto que estas normas coinciden en algunos casos con las establecidas por la legislación civil, con la consiguiente duplicidad e inflación normativa<sup>28</sup>. Se ha dicho que el hecho de que pueda haber una coincidencia coyuntural entre algunas de las normas contenidas en el Libro IV y las establecidas en la legislación civil no significa que las primeras queden privadas de su carácter mercantil (como explica la E.de M. V-3), sino simplemente que esas normas resultarán aplicables tanto en el ámbito civil como en el mercantil<sup>29</sup>. En fin, más de lo mismo, pues en cualquier caso, y aun cuando ha de reconocerse que esa coincidencia de normas ha existido siempre y no sólo a partir del ACM, creemos que, tanto antes como ahora, la duplicidad normativa es otro de los efectos indeseables que sólo podremos erradicar unificando los contratos civiles y mercantiles, a fin de superar la tradicional dicotomía civil-mercantil, evitar las superposiciones normativas y simplificar nuestro Derecho de contratos.

Luego, qué sentido tiene incluir en el ACM unas normas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles?. Consideramos que, partiendo de la opción elegida, que no es otra que el mantenimiento del sistema dualista, tiene todo el sentido. En primer lugar, porque en un sistema dualista como el nuestro, es razonable que esta materia se incorpore al Código mercantil, tanto porque la materia contractual es materia mercantil, como porque presenta sus propias peculiaridades con respecto a la civil. En segundo lugar, porque de no incorporarse estas normas al Código mercantil, difícilmente éste podría responder al propósito de alcanzar la unidad de mercado, propósito que no puede confiarse a la legislación civil, pues, como se ha advertido, de incluirse tales normas exclusivamente en el Código civil, existe riesgo de que no rijan en todo el ámbito nacional, ya que podrían incorporarse normas distintas a la regulación general de obligaciones y contratos por parte de algunas CC.AA<sup>30</sup>, riesgo más que evidente a la vista del amplio currículum sobre extralimitación de competencias que algunas poseen. Y nada sería más perjudicial para la seguridad jurídica que debe imperar en las transacciones mercantiles que éstas pudieran quedar sometidas a normas contractuales distintas en función del lugar del territorio nacional donde las partes tengan su domicilio o su establecimiento, o donde se celebre el contrato. Por tanto, y ante la necesidad de conjurar dicho riesgo, es lógico y conveniente que se incorporen al proyectado Código mercantil las normas que se consideran fundamentales para asegurar

---

<sup>28</sup> Críticamente, GRUPO ACTUALIZA, «Alegaciones a la Propuesta de Código mercantil ...», cit., pp. 222-223. No obstante, y como se ha advertido, esta duplicidad normativa viene motivada también por el hecho de que ambos textos han tomado como fuente de inspiración los PCCI de Unidroit (BERCOVITZ, «Acerca del nuevo Código Mercantil», p. 33).

<sup>29</sup> 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*, cit., pp. 299-313, esp. p. 303. Con opinión contraria, GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», cit., p.18.

<sup>30</sup> BERCOVITZ, «Acerca del nuevo Código Mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. José Antonio Gómez Segade*, p. 33.

una regulación única (aunque sea básica y de carácter dispositivo) de las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional<sup>31</sup>, máxime cuando esto se hace, como veremos, dentro del más escrupuloso respeto al marco constitucional.

Ahora bien, cuestión distinta es que el establecimiento de este régimen uniforme se pudiera haber ensayado a través de alguna otra fórmula que no dejase fuera al Derecho civil, cuestión de la que nos ocupamos *infra*, al analizar otras posibles alternativas para lograr la unidad de mercado.

#### 4.2. La indiscutible constitucionalidad del Libro IV

No cabe negar que algunas de las normas contenidas en el Libro IV (al igual que otras muchas del texto del ACM) presentan graves defectos, incoherencias y deficiencias que, sin duda, reclaman ser solventados antes de que el proyectado Código vea la luz. Pero lo que no podemos compartir es la acusación de inconstitucionalidad que algunos autores han formulado contra el Libro IV, so pretexto de que este libro establece una regulación de las obligaciones y contratos mercantiles contraria a la atribución de competencias establecidas en la Constitución. Como veremos, esta crítica se fundamenta en una errónea y equivocada interpretación del artículo 149.1 CE, cuyo tenor literal, por lo que aquí interesa, es el siguiente:

Artículo 149.1. «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

6ª) Legislación mercantil

8ª) Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso (...) las bases de las obligaciones contractuales».

A la vista del artículo 149.1 CE es incuestionable que la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil está en el artículo 149.1.6ª, no en el 149.1.8ª. Son dos títulos competenciales diferentes (el primero sólo y exclusivamente se refiere a la legislación mercantil, en tanto que el segundo sólo y exclusivamente lo hace a la legislación civil). No puede forzarse el tenor de estos preceptos constitucionales para pretender que digan lo que no dicen y que signifiquen lo que no significan.

En lógica con lo anterior, partimos de que el Estado tiene la competencia exclusiva (y excluyente) en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6ª CE), dentro de la que se comprende, como es natural, la materia de obligaciones y contratos mercantiles, incluidas las bases o contenidos básicos de esta materia, puesto que el referido precepto establece la competencia plena, sin excepción o limitación alguna. Como venimos reiterando, la situación es muy diferente en relación con la legislación civil, ya que ésta no es en toda su extensión competencia exclusiva del Estado. En efecto, la competencia exclusiva del Estado en materia de obligaciones y contratos civiles se limita a «las bases de las obligaciones contractuales» (obviamente, civiles, conforme al art. 149.1.8ª CE), pudiendo las CC.AA con competencias en legislación

---

<sup>31</sup> En esta misma línea, ALONSO LEDESMA, «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en el Anteproyecto de Código Mercantil», cit., p. 300.

civil establecer normas sobre materia contractual (obviamente, civil), siempre que respeten esas “bases”.

Luego, nos preguntamos, ¿desde qué lógica y en qué universo puede entenderse que la materia contractual mercantil, y en particular, “las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles” (Libro IV del ACM) están en el artículo 149.1.8ª CE, y son, por tanto, legislación civil?. Sinceramente, no creemos que los preceptos citados admitan otra interpretación distinta de la que acabamos de exponer, por mucho que se reconozca (nadie lo discute) que al Código civil corresponde el establecimiento de los “principios básicos generales” a los que la legislación mercantil habrá de recurrir en tanto que las normas de aquél constituyen su “derecho subsidiario”. Pero lo que no resulta admisible es que, por la vía de una interpretación “peculiar” (léase peculiarmente interesada) de aquellos preceptos constitucionales, el Código civil (derecho subsidiario del mercantil, pero derecho subsidiario a fin de cuentas) pase a erigirse en la primera fuente del Derecho de contratos mercantil, que es a lo que, en definitiva, conduce la tesis defendida por quienes sostienen que parte de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (y, en concreto, la referida a las “bases” de las obligaciones y contratos mercantiles) está en el artículo 149.1.8ª CE y no en el artículo 149.1.6ª CE. Craso error.

Es sabido, por otra parte, que en lo que se refiere a la cuestión competencial venimos arrastrando un serio problema político: la sistemática extralimitación de competencias por parte de algunas CC.AA con competencias en Derecho civil y la incapacidad institucional para poner fin a estos abusos regulatorios que con frecuencia derivan en normas autonómicas inconstitucionales. Ciertamente que este problema está ahí desde que se promulgó nuestra Constitución, pero no podemos compartir la tesis de que el verdadero propósito al que responde el proyectado Código mercantil y, en particular, su Libro IV (que algunos tachan nada menos que de inconstitucional), sea impedir – como sostienen estos autores- que esas CC.AA puedan seguir legislando en materia de obligaciones y contratos, materia que al estar, en su opinión, tan ampliamente regulada en el Libro IV, quedaría blindada frente a los posibles abusos regulatorios autonómicos y frente al riesgo de normas autonómicas inconstitucionales<sup>32</sup>. Nada más lejos de la realidad cuando la materia mercantil ya está blindada por el propio artículo 149.1.6ª CE y cuando el ACM y, cómo no su Libro IV, se fundamentan justo en este precepto

---

<sup>32</sup> En este sentido, el GRUPO ACTUALIZA, «Alegaciones a la Propuesta de Código mercantil ...», cit., pp. 223-224; GONDRA, «La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil ...», op. cit. (versión electrónica); YZQUIERDO TOLSADA, «Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución ...», op. cit. (versión electrónica); OLIVA BLÁZQUEZ, «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación ...», cit., pp. 58-59; Para ALFARO, «El Anteproyecto de Código Mercantil (I)», 5 de mayo de 2014, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>, (consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014), la única razón de peso para promulgar un nuevo Código mercantil es política: ocupar el espacio legislativo que la Constitución reserva al Estado (“legislación mercantil”) para evitar que las CC.AA, especialmente las que tienen competencia en materia de Derecho Civil foral, desborden sus competencias. *Vid.* también GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», cit., pp.17-19), para quien el Libro IV del ACM es inconstitucional; y TENA ARREGUI R., «Un Código nuevo en odres viejos», *RDM*, núm. 290, 2013, p. 77, quien cree que es más probable que, de promulgarse el proyectado Código mercantil, éste será recurrido por la CC.AA ante el TC.

constitucional (éste es su título competencial habilitante, no necesitan otro). Difícilmente podrá el contenido del Libro IV privar de sus competencias a las CC.AA cuando éstas carecen de competencia en materia mercantil (y, por tanto, en materia de obligaciones y contratos mercantiles), como tampoco podría privar de competencias al Estado cuando, por la vía de artículo 149.1.8ª CE, el Estado no tiene competencias en materia mercantil, ni básicas ni no básicas. Por supuesto, nada le impide al Estado ni a esas CC.AA seguir legislando sobre materia contractual civil, dentro de los límites establecidos en su título competencial habilitante, que no es otro que el artículo 149.1.8ª CE<sup>33</sup>. Es curioso, pero parece que hubiera un cierto interés por ocultar que ese infructuoso “duelo de titanes” el Estado no lo mantiene contra sí mismo, sino contra los Parlamentos autonómicos que vienen extralimitando sus competencias en materia de legislación civil. Y se podrán poner todos los ingeniosos pretextos y excusas que se quieran para defender posturas autonómicas que no pasan de ser “pulsos” al Estado y/o meras retóricas victimistas, pero esto no cambia las cosas: ni las CC.AA pueden legislar sobre materia mercantil ni el propio Estado puede hacerlo por la vía del artículo 149.1.8ª CE, y ello no porque se lo impida el proyectado Código mercantil, sino porque ya se lo impide el propio artículo 149.1.6ª CE.

En cualquier caso, convendrá insistir en que el Libro IV del ACM no contiene una teoría general del contrato, sino sólo unas disposiciones generales o básicas que son fundamentales en sede de contratación mercantil o, cuando menos, tienen en ésta una relevancia especial. Dicho libro no establece una regulación exhaustiva de las obligaciones y contratos mercantiles, sino tan sólo una regulación de referencia de carácter fundamentalmente dispositivo. Y esto es perfectamente constitucional, no puede haber invasión alguna de competencias cuando la legislación mercantil (en toda su extensión, sin límite, excepción o matización alguna) es de indiscutible competencia estatal.

No se trata, por tanto, de una conjura orquestada para invadir competencias de las CC.AA (que, obviamente, carecen de ellas en materia de legislación mercantil), o para arrebatarse al Derecho civil lo que es suyo conforme al artículo 149.1.8ª CE (sorprendente visión del problema cuando son las CC.AA las que han venido arrebatando competencias en materia de legislación civil). Se trata sólo de articular una regulación uniforme de las operaciones mercantiles en todo el ámbito nacional a fin de asegurar por esta vía la unidad de mercado. Hacerlo a través de un nuevo Código mercantil (aun no siendo la tendencia imperante en nuestros días) no es sólo una opción perfectamente legítima (el art. 149.1.6ª CE no ofrece la menor duda al respecto), sino

---

<sup>33</sup> Cuestión distinta es que el difuso y confuso límite que representan las “bases” a las que se refiere el artículo 149.1.8ª CE resulte claramente insuficiente como criterio delimitador de las competencias del Estado y de las CC.AA en materia de legislación civil. Es este precepto constitucional el que plantea problemas de delimitación (con los correspondientes abusos regulatorios por parte de las CC.AA), y no el artículo 149.1.6ª CE, que deja meridianamente claro que la legislación mercantil –toda ella– es de indiscutible competencia estatal.

que, además, se presenta hoy, si no como la única vía, sí como la más idónea y efectiva en el “peculiar” y “atípico” contexto español para alcanzar la unidad de mercado<sup>34</sup>.

### 4.3. ¿Había otras alternativas para alcanzar la unidad de mercado?

Dadas las abundantes críticas al proyectado Código mercantil y, en particular, a su Libro IV, cabe preguntarse si podía haberse procedido, por un lado, a reordenar y modernizar la legislación mercantil, y por otro, haberse explorado otras alternativas para alcanzar la unidad de mercado. Veamos.

1. Por la vía que ofrece el artículo 150.1 CE, conforme al cual el Estado podría elaborar una ley marco por la que se les atribuyera a algunas CC.AA la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas siempre que respetasen los principios, bases y directrices establecidos en esa ley marco. Ciertamente es que esta es una vía de la que el Estado apenas ha hecho uso, aunque sin duda es una herramienta que ofrece la Constitución y que podría ser útil para poner freno a los excesos regulatorios autonómicos, y en este sentido, beneficiosa para la unidad de mercado<sup>35</sup>. Con todo, no creemos que esta fórmula sea la mejor para afrontar el problema político de fondo, y en cualquier caso, es obvio que no ha habido voluntad política de utilizarla en toda la historia de la democracia española.

2. Por la vía de la competencia exclusiva atribuida al Estado sobre las “bases de las obligaciones contractuales” (art. 146.1.8ª CE). Como venimos diciendo, por esta vía no podría alcanzarse la unidad de mercado ya que el ambiguo límite de las “bases” no ofrece un apoyo seguro a la hora de determinar hasta dónde llegan las competencias del Estado y hasta dónde las de las CC.AA sobre la legislación civil y, en particular, sobre la materia contractual<sup>36</sup>. En este sentido, la Propuesta de Modernización del Código civil sobre obligaciones y contratos de 2009 (en *stand by* y sin visos de prosperar por el momento), además de otros problemas en los que ahora no podemos entrar, no descarta, desde luego, el riesgo de que las CC.AA sigan invadiendo las competencias de Estado en materia de obligaciones y contratos. Sin duda, y por “mérito” de los derechos forales, el Derecho civil es un campo abonado para la heterodoxia jurídica, sin que nada hasta ahora haya podido remediarlo.

3. Mediante la unificación del Derecho civil y del mercantil, promoviendo el Gobierno dicha unificación al amparo de la competencia que el Estado tiene sobre la legislación civil (art. 149.1.8ª CE) y la legislación mercantil (art. 149.1.6ª CE),

---

<sup>34</sup> En palabras de BERCOVITZ (Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid el 25 de octubre de 2012), «la diversidad de los derechos civiles y los excesos en la regulación de los mismos, hacen que la codificación mercantil sea la única respuesta válida para conseguir la unidad de mercado.

<sup>35</sup> Vid. YZQUIERDO TOLSADA, «Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución ...», op. cit. (versión electrónica).

<sup>36</sup> Con opinión contraria, GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos ...», cit., pp. 17 y ss., GONDRA, «La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil ...», cit. (consultado en su versión electrónica); OLIVA BLÁZQUEZ, «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación ...», cit., p. 60; ROCA GUILLAMÓN, J., «Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)», en Derecho de obligaciones. XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, Edit. um, Murcia, 2013, pp. 193 a 279, esp. p. 251.

resultaría también sumamente discutible al no tener el Estado la competencia plena y exclusiva sobre toda la legislación civil (sino sólo sobre las “bases”). De ahí que se haya dicho que la propia Constitución parece “bloquear” esta unificación, dado que la legislación civil no es única, sino plural. En cualquier caso, y como atinadamente ha advertido ROJO, sería insensato pretender unificar el Derecho privado en un Estado en el que el Derecho civil es plural<sup>37</sup>.

4. Por la vía (más limitada) de unificar el Derecho de contratos y obligaciones al amparo de los artículos 149.1.6ª y 149.1.8ª CE, lo que sería factible a nuestro juicio, si el Gobierno promueve la unificación de la materia contractual apoyándose en ambos títulos competenciales. Con todo, no desconocemos que también esta es una vía muy controvertida, pues conduce prácticamente al mismo resultado que pretende alcanzarse mediante el proyectado Código mercantil, aunque contaría con el “aval” de la legislación civil estatal y con la ventaja de erradicar la actual dicotomía existente en la materia y, en buena medida, la duplicidad normativa. Pero es muy probable que esta solución agravara el problema político, pues aun suponiendo que cesaran las invasiones autonómicas de competencias civiles del Estado, nos encontraríamos con un buen número de normas autonómicas inconstitucionales que habrían de entenderse derogadas, lo que con toda seguridad conduciría a enrarecer aún más el clima de conflicto entre el Estado y las CC.AA.<sup>38</sup>

En cualquier caso, y aun cuando es evidente la dificultad de unificar el Derecho de obligaciones y contratos, realmente es la solución más razonable y adecuada, por lo será inexcusable abordarla más tarde o temprano. Y ya no porque por esta vía se consiguiera frenar las extralimitaciones de competencias por parte de los Parlamentos autonómicos, sino porque un Código de obligaciones y contratos no tardaría en revelarse como la solución más justa para todos los intereses en juego y también la más racional desde un punto de vista económico. En este sentido, la lúcida apreciación de

---

<sup>37</sup> ROJO, «El Código Mercantil», *Otrosí*, octubre-diciembre, 2102, pp. 17-21, esp. p. 19.

<sup>38</sup> En nuestra opinión, y dado que nuestra Constitución apuesta por el reconocimiento de los “derechos forales”, habrá que buscar la manera de reconducirlos a una dimensión razonable, en la línea marcada por la STC 31/2010, de 28 de junio, en la que en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, este Tribunal vino a incidir de nuevo en la cuestión de los límites que la Constitución impone a las CC.AA, estableciendo que la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil “sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente les reconoce y garantiza el artículo 149.1.8ª CE”. Esto implica que las CC.AA a las que este precepto constitucional se refiere son las que tenían Derecho foral cuando la Constitución se promulgó (no las que lo hayan tenido en algún momento del curso de los tiempos), y que esa competencia legislativa se circunscribe al desarrollo de las instituciones que constituían ese derecho propio antes de la promulgación de la Constitución. También sobre esta cuestión, YZQUIERDO TOLSADA, «La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut y sus efectos sobre Derecho Civil (y Mercantil) español» (Conferencia dictada el 30 de octubre de 2014 en la Academia Matritense del Notariado). Una reseña de esta conferencia puede encontrarse en EL NOTARIADO DEL SIGLO XXI, núm. 58, Noviembre-Diciembre de 2014, accesible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/3904-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-el-estatut-y-sus-efectos-sobre-el-derecho-civil-y-mercantil-español> (última consulta el 22 de diciembre de 2014).

ILLESCAS, aunque efectuada en otro contexto, resulta aplicable también en éste: “El acierto legislativo es pues una exigencia no sólo de justicia sino de economía”<sup>39</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La promulgación de un nuevo Código mercantil viene justificada, a nuestro juicio, tanto por la necesidad de reordenar y actualizar la legislación mercantil (adaptándola a la nueva realidad política y económica), como por la de hacer efectiva la unidad de mercado avalada por la Constitución.

Dada la “peculiar” coyuntura española, la unidad de mercado no puede alcanzarse a través de la legislación civil, ya que en esta materia la competencia exclusiva del Estado se limita a «las bases de las obligaciones contractuales» (civiles), un impreciso límite fácil de franquear (y, de hecho, constantemente franqueado) por los Parlamentos autonómicos, lo que viene generando disparidad normativa e inseguridad jurídica, incompatibles con la unidad de mercado. De ahí que el logro de tal objetivo se confíe a la legislación mercantil, que por ser de indiscutible competencia estatal (plena, sin limitación, excepción o matización alguna, conforme al art. 149.1.6ª CE) sí puede garantizar el establecimiento de una regulación uniforme aplicable a las operaciones mercantiles en todo el ámbito nacional, como reclama la unidad de mercado. A tal propósito responde el ACM y, en particular, su Libro IV (*De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general*).

Es cierto que, en aras de la unidad de mercado, el ACM delimita su ámbito de aplicación no ya por referencia a los empresarios, sino por referencia al mercado y a los operadores económicos, lo que tiene como consecuencia una sustancial expansión de la materia mercantil, no *ab infinitum* como exageradamente se ha afirmado y criticado, pero sí lo bastante como para que el remedio pueda resultar efectivo.

Y puesto que la legislación mercantil es de indiscutible competencia estatal (toda ella, sin límite ni excepción alguna), nada impide que el Libro IV pueda establecer una regulación uniforme, o si se quiere, un marco regulatorio básico de carácter fundamentalmente dispositivo, aplicable a las operaciones mercantiles en todo el ámbito nacional, pues es evidente que la materia contractual mercantil (y dentro de ella, las “bases” de las obligaciones mercantiles) son legislación mercantil. Luego, ésta es la razón que justifica tanto el contenido como la razón de ser del Libro IV, libro que no plantea problema alguno de inconstitucionalidad ya que se fundamenta (al igual que el ACM en su conjunto) en la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil. Por tanto, ni quedan afectadas las “bases” del artículo 149.1.8ª CE ni se priva a los Parlamentos autonómicos de seguir legislando sobre obligaciones y contratos dentro de los límites marcados por el artículo 146.1.8ª CE.

En efecto, convendrá insistir, que las competencias que las CC.AA tienen constitucionalmente reconocidas (que no son otras que las referidas en el art. 149.1.8ª

---

<sup>39</sup> ILLESCAS ORTIZ, R., «La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 291-306, esp. p. 300.

CE) quedan intactas, no viéndose afectadas por la promulgación del proyectado Código mercantil, aunque eso sí, ahora habrá ya menos margen y posibilidad para que las CC.AA extralimiten sus competencias, con lo que es de esperar que se reduzcan los abusos regulatorios y, con ello, el riesgo de normas autonómicas inconstitucionales. En este sentido, no creemos que la promulgación del proyectado Código mercantil venga realmente a agravar el problema político que venimos a arrastrando. Y decimos esto porque si preocupante es que a algunas CC.AA no les guste el nuevo Código, aún lo es más que sus Parlamentos autonómicos, en un ansia desmedida y voraz por anexionarse competencias, vengan de manera desafiante socavando las del Estado y dictando normas que, en muchos casos, son incluso inconstitucionales. Algo absolutamente intolerable y lamentable en un Estado que se dice democrático, y esto sí que debiera preocuparnos de verdad.

De todo ello se desprende que la promulgación de un nuevo Código mercantil (aun no siendo la tendencia hoy imperante) no es sólo una opción perfectamente legítima (el art. 149.1.6ª CE no ofrece ninguna duda al respecto), sino que, además, se presenta, si no como la única vía, sí como la más idónea y efectiva en el “peculiar“ y “atípico” contexto español para alcanzar la unidad de mercado. En efecto, en las actuales circunstancias en que se encuentran nuestro mercado y nuestro Derecho privado, es muy probable que el proyectado Código mercantil sea el único cauce del que dispone el Estado para establecer un régimen uniforme aplicable a las operaciones mercantiles en todo el ámbito nacional, como viene reclamando la unidad de mercado.

Ahora bien, con esto no estamos diciendo que esta sea la solución perfecta, ni mucho menos que pueda ser la definitiva, ya que, a nuestro juicio, la solución más razonable y justa para todos los intereses en juego pasa por la unificación de nuestro Derecho de contratos, pese a las muchas dificultades que puedan existir para abordarla.