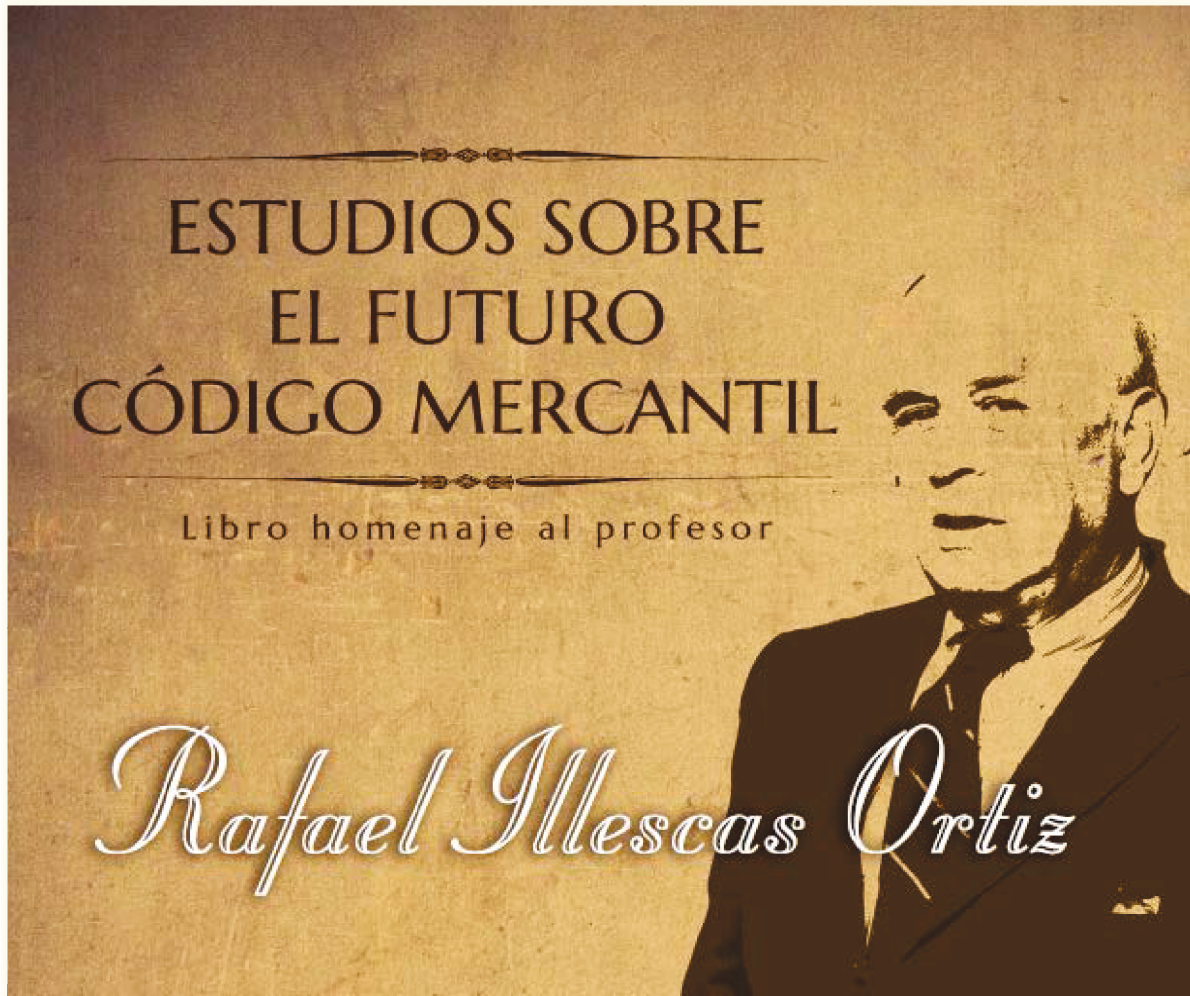




Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional



Jiménez Sánchez, Guillermo Jesús y Díaz Moreno, Alberto. Unas primeras reflexiones sugeridas por el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil y el principio de unidad de mercado. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 202-216. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21085>

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](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

UNAS PRIMERAS REFLEXIONES SUGERIDAS POR EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL

GUILLERMO JESÚS JIMÉNEZ SÁNCHEZ
ALBERTO DÍAZ MORENO *

Resumen

En este trabajo se pretende exponer y discutir, de manera sucinta, algunos de los argumentos que pueden esgrimirse desde una perspectiva crítica en relación con el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014. A tal efecto se presta especial atención a la controversia mantenida en la doctrina francesa en torno al *Nouveau Code de Commerce* francés de 2000.

Contenido

1. Planteamiento. – 2. La idea directriz del Anteproyecto. – 3. Los obstáculos para la transformación del Anteproyecto en Ley. Especial referencia a la acogida crítica del *Nouveau Code de Commerce* en algunos sectores de la doctrina francesa. – 4. Una reflexión final.

1. PLANTEAMIENTO¹

Por Orden de 7 de noviembre de 2006 el Ministro de Justicia encomendó a la Sección Segunda, *de Derecho Mercantil*, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un texto que sustituyera el viejo (y seguramente, pese a tal condición, escasamente venerable²) Código de comercio de 1885. El nuevo Cuerpo legal, bajo la rúbrica *Código Mercantil*, habría de delimitar e integrar –en caso de que llegara a entrar efectivamente en vigor- la legislación de dicha naturaleza, entendiendo por tal la destinada a la regulación de “*las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado*”, modernizándola y completándola en cuanto fuese oportuno.

* Catedráticos de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

¹ Este trabajo fue cerrado el 1 de octubre de 2014 teniendo a la vista el texto del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, informado en Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 y publicado por el Ministerio de Justicia:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheaderna me1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_C%C3%93DIGO_MERCANTIL_TEXTO_WEB%2C2.PDF.

² Que “*el Código* [de 1885] *no merece respeto*” constituye una de las ideas-fuerza en las que hace descansar ROJO su defensa de la Propuesta de Código Mercantil (*vid.* ROJO, A. “El Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 286, octubre-diciembre 2012, págs. 15 y sigtes. -uno de los primeros trabajos publicados en la nueva sección dedicada al «Código mercantil», cuya “Presentación” se lleva a cabo en la pág. 11 de este número de la citada *Revista*-).

La sistemática de este Código habría de responder, siempre según la citada Orden ministerial, a “*la numeración de los libros, títulos, capítulos y artículos característica de la nueva codificación francesa*”. Y su redacción, para la cual quedó autorizada la Sección a organizar “*el sistema de trabajo que estime más conveniente*”, fue fruto del esfuerzo colectivo, no sólo de los miembros de la Sección, sino de otros muy autorizados juristas integrados en las Ponencias y en los Grupos de Trabajo creados al efecto. Ponencias y Grupos de Trabajo a los cuales se encomendó la preparación de unos textos que fueron posteriormente elevados para su aprobación a la Sección y finalmente sometidos a la revisión última de la *Ponencia de coordinación*, encargada de ésta tarea y de dar unidad al Cuerpo resultante de un trabajo colectivo extremadamente complejo.

La extensa y expresiva *Exposición de Motivos* que acompaña al Anteproyecto del Ley hace una breve historia de la promulgación del Código de Comercio de 1885 y de los profundos y acelerados cambios que han determinado la pérdida, si no de su vigencia, sí de su vigor. Fenómeno en gran parte inevitable secuela de su paulatino *vaciamiento*³ a través de un progresivamente incrementado número de leyes *extravagantes*, reguladoras tanto de materias no contempladas en el Código como sustitutivas de normativas que el trascurso del tiempo, o mejor los cambios sociales y económicos producidos a lo largo del tiempo, habían hecho obsoletas.

Con el nuevo Cuerpo legal se pretende poner fin a la insatisfactoria situación de arcaísmo legislativo denunciada, superar la inseguridad jurídica que es fatal consecuencia de la dispersión normativa por la proliferación de leyes *extracódigo*, y, *last, but not least*, adecuar la regulación española a las exigencias de que sea un único Código (de la materia mercantil) el vigente en un mercado nacional único⁴. Un solo Código, en el cual se incluya la regulación de “*ámbitos económicos hasta ahora excluidos del Derecho mercantil por razones históricas que se consideran superadas, como la agricultura y la artesanía*”⁵ y en el cual se contemplen (éste es para Bercovitz⁶ uno de sus más destacables factores positivos) junto al empresario otros “*operadores del mercado*”, como “*los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes o servicios destinen al mercado*”, “*las personas jurídicas que, cualquiera sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código*”, “*e incluso a los entes sin personalidad jurídica por medio de los cuales [estas actividades] se realicen*”⁷. Un único Código así construido que atienda a las circunstancias económico-sociales de nuestro tiempo, que configure en el Ordenamiento jurídico de la España actual el *Cuerpo* esencial de la legislación mercantil, competencia exclusiva del Estado (tal y como estatuye el artículo 149.1.6^a de la Constitución), y que consiguientemente responda a la exigencia

³ Cfr. *Exposición de Motivos*, I.5.

⁴ Cfr. *Exposición de Motivos*, I.7.

⁵ Cfr. *Exposición de Motivos*, I.15.

⁶ Vid. BERCOVITZ, “Acerca del nuevo Código Mercantil”, en VV.AA. *Estudios de Derecho Mercantil: Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, 2013, pp. 29 y ss.

⁷ Cfr. *Exposición de Motivos*, I.15.

insoslayable de salvaguardar el *principio de unidad del mercado nacional*⁸ (principio reiteradamente reconocido como postulado constitucional en la doctrina del intérprete último de nuestra *Ley de leyes*, el Tribunal Constitucional⁹).

El Código se estructura en siete Libros. La Exposición de Motivos que los precede especifica así sus contenidos:

(i) El primer Libro se consagra a “*la regulación de las empresas, [de] la representación de los empresarios, [de] los negocios sobre las empresas, [de] la contabilidad y [del] Registro mercantil*”.

(ii) El segundo “*está dedicado a las sociedades mercantiles*”.

(iii) El tercero “*se refiere al Derecho de la competencia, tanto a la competencia desleal como a la defensa de la competencia*”, e incluye “*algunos preceptos referidos a las instituciones de la propiedad industrial*”.

(iv) El cuarto “*tiene por objeto las normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general*”.

(v) El quinto se destina a “*la regulación de los contratos mercantiles en particular*”.

(vi) El sexto comprende “*la regulación de los valores y de los instrumentos de crédito y pago*”.

(vii) Y el séptimo “*incluye las normas sobre prescripción y caducidad, instituciones éstas [observa la Exposición de Motivos] que se regulan en ese último Libro por cuanto [sus] normas [...] tienen aplicación con carácter general en toda la materia comprendida en el Código*”.

Como no podía ser menos, la concepción, la sistemática y el contenido de este Cuerpo legal (que, como en su tiempo proclamara la Exposición de Motivos de 1882¹⁰, “*considera al Derecho Mercantil bajo una faz completamente nueva*”¹¹), han sido ampliamente debatidos en detenidas e ilustrativas sesiones mantenidas por Grupos de Trabajo, Ponencias y el Pleno de la Sección (ciento veinte las sesiones del Pleno y prácticamente innumerables las reuniones de los Grupos de Trabajo y de las Ponencias). Sesiones en las cuales participaron, junto a los vocales permanentes de la Sección, buen número de especialistas (justamente calificados como tales por el Presidente de la Sección, Don Alberto Bercovitz¹²) integrados en los Grupos de Trabajo constituidos para colaborar en la preparación de los Libros del nuevo Código¹³. El resultado final

⁸ Cfr. Exposición de Motivos, I.6. Cfr. BERCOVITZ, “La Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 289, julio-septiembre de 2013 p. 36.

⁹ *Vid.*, por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La unidad del mercado nacional en la Constitución Española”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS (dir.), *La España de las autonomías. Reflexiones 25 años después*, Barcelona, 2005, pp. 99 y ss.

¹⁰ Exposición de motivos que, por razones sobre las cuales no es el caso detenernos ahora, se antepuso al Código de comercio de 1885.

¹¹ Cfr. Exposición de Motivos, I.9.

¹² *Vid.* BERCOVITZ, “Acerca del nuevo Código...”, *op. cit.*, p. 34, y “La Propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, p. 42.

¹³ *Vid.* la “Relación de los vocales de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que han participado en la preparación de la Propuesta de Código Mercantil” que se acompañó a la Propuesta de Código mercantil elevada por la Comisión General de Codificación al Ministerio de Justicia en 2013.

elevado al Ministerio de Justicia no siempre fue alcanzado, y sin duda es oportuno destacar este extremo, por común convencimiento de los vocales participantes en las deliberaciones de la Sección, sino que a veces hubo que llegarse a él mediante votaciones de los miembros de ésta, expediente no seguido con frecuencia en la práctica de la Comisión General de Codificación.

Este complejo proceso dio lugar a que fuera incumplido el plazo fijado “*para la realización del [...] Código*” en la Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006: el de cuatro años desde aquella fecha. La Propuesta de la Comisión sólo pudo ser finalmente elevada al Ministerio de Justicia el 11 de junio de 2013; es decir, casi tres años después del vencimiento del término inicialmente señalado para ello. Y el texto de la Propuesta tardó casi un año en convertirse en Anteproyecto de Ley.

En el curso de los trabajos de la Sección de Derecho Mercantil la orientación y los parciales frutos de éstos tuvieron difusión (que, para ser fieles a la realidad, sólo cabría calificar de relativa o reducida) entre los círculos próximos a sus protagonistas. Pero superada esta fase, y habiéndose hecho públicas diversas tomas de postura en nuestra doctrina sobre la concepción que habría de presidir el nuevo Código¹⁴ y sobre determinados particulares de la propuesta de normativa contenida en él¹⁵ (posicionamientos doctrinales que, por referirse a un proyectado Cuerpo legal inacabado o no cerrado, no pueden ser o presentarse sino como parciales o proyectivos), no

¹⁴ Vid., entre otras, las páginas dedicadas por ROJO al análisis de *los principales problemas de política legislativa que plantea la idea de un «Código Mercantil»* en “El Código Mercantil”, cit., págs. 15 y ss., y ROJO, A. “El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 291, enero-marzo de 2014 pp. 135 y ss.; MENÉNDEZ-URÍA, “Lecciones de Derecho Mercantil”, 11ª ed., Cizur Menor, 2013, vol. I, pp. 40 y ss.; BERCOVITZ, “La Propuesta de Código Mercantil ...”, *op. cit.*, pp. 35 y ss.; OLIVENCIA, “El título preliminar de la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, octubre-diciembre de 2013 pp. 11 y ss.; GONDRA, “La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, octubre-diciembre de 2013, pp. 27 y ss.; TENA, “Un Código nuevo en odres viejos”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, octubre-diciembre de 2013 pp. 69 y ss.

¹⁵ Vid., entre muchas otras, las de GALLEGO, “La compraventa mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, enero-marzo de 2013, pp. 9 y ss.; PÉREZ MILLÁN, “Codificación y descodificación de los títulos-valores”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 289, julio-septiembre de 2013, pp. 43 y ss.; GONZÁLEZ CABRERA, “Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 41, julio-diciembre de 2013, pp. 331 y ss.; EMBID, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, octubre-noviembre de 2013, pp. 53 y ss.; QUIJANO, “La sociedad cotizada ante el proyectado Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 288, abril-junio de 2013, pp. 11 y ss. y “La extinción de la sociedad sin declaración judicial de concurso en caso de falta de activo en la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 291, enero-marzo de 2014, pp. 11 y ss.; GARCÍA-PITA “La prescripción y la caducidad en el Libro VII de la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 291, enero-marzo de 2014, pp. 33 y ss.; BOQUERA. “La convocatoria de la junta general en la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 291, enero-marzo de 2014, pp. 77 y ss.; VÉRGEZ, “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 292, abril-junio de 2014, pp. 11 y ss.; ALBERTO J. TAPIA HERMIDA, “Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 292, abril-junio de 2014, pp. 23 y ss.; CONTRERAS DE LA ROSA, “El devenir funcional y estructural de la cesión global: de la atipicidad a la propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 42, enero-junio de 2014 pp. 84 y ss.

consideramos ya improcedente manifestar nuestro criterio sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil

Permítasenos introducir una digresión en lo que debería ser (y pretendemos, en la medida que nos sea factible, que así sea) un desarrollo lógico de nuestras reflexiones sobre el Anteproyecto de Código Mercantil. Ángel Rojo advierte en algunas de sus convocatorias para participar en el foro abierto al efecto en la *Revista de Derecho Mercantil*¹⁶ que cuando se difundió y fue sometida a pública consulta la Propuesta de Código Mercantil posiblemente se alcanzó involuntariamente un resultado contrario al perseguido: se redujo su eco en los círculos jurídicos y mediáticos. Acaso, como mordazmente sugiere el maestro de la Universidad Autónoma de Madrid en algunas líneas de su llamamiento, tal desinterés podría haberse debido a que, al convocarse públicamente una consulta, quienes inicialmente podrían haberse sentido inclinados a participar en la crítica, positiva o negativa, del Código Mercantil *in fieri* habrían dejado de considerarse incluidos en un privilegiado círculo de iniciados, y con ello habrían perdido (si alguna vez lo tuvieron) interés en tomar parte en un proceso abierto a todos o a muchos. Mas probablemente ello no sea hoy correcto; no sólo en la doctrina, sino también en amplios sectores profesionales, la Propuesta de Código Mercantil, primero¹⁷, y el Anteproyecto, después, han suscitado considerable interés y ya se han publicado los resultados de reflexiones y de tomas de postura sobre el proyectado Código y sobre concretos extremos de su contenido¹⁸.

2. LA IDEA DIRECTRIZ DEL ANTEPROYECTO

Pero, siguiendo la autorizada voz del profesor Rojo, detengámonos por un momento, concluida la fase de su elaboración por la Sección de Derecho Mercantil y publicado el correspondiente Anteproyecto de Ley, en el examen de la idea central a la que responde este proyectado Código, su estructuración y su contenido, así como en la reflexión sobre algunas de las que podrían ser líneas esenciales de una presumible oposición a convertir dicho Anteproyecto en Cuerpo legal.

Ante todo ha de señalarse que el futuro Código Mercantil no recoge la idea favorable a la unificación del Derecho Privado que desde finales del Siglo XIX, y durante buena parte del Siglo XX, gozó de amplia acogida en la literatura jurídica y en el Derecho europeos, así como en autorizados sectores de la doctrina española¹⁹. Tal

¹⁶ Al menos en la invitación que uno de nosotros ha recibido para intervenir en él.

¹⁷ Así PRATS ALBENTOSA, en su presentación de “El futuro Código Mercantil: entre la unidad de mercado y la seguridad jurídica” (*Escritura pública*”, nº 85, enero-febrero de 2014, p. 24), advierte que durante el periodo público de consultas “*se han recibido numerosas contribuciones y aportaciones*”, con las que “*la propuesta puede haber sido enriquecida*”.

¹⁸ Véanse al respecto las citas efectuadas, desde luego sin pretensión de exhaustividad, en las notas 14 y 15, a las que habría de añadir las numerosas referencias fácilmente obtenibles con un simple rastreo de los innumerables documentos publicados en la *web*.

¹⁹ *Vid.*, por todos (las referencias sobre este punto serían casi interminables y las polémicas entre los defensores y los detractores de la unificación del Derecho Patrimonial Privado resultan ajenas al rema central de las presentes *reflexiones*), VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, Milano, 1922, vol. I, p.

unificación tropieza hoy día en nuestra Patria con el insuperable obstáculo de la consagración a nivel constitucional (en el artículo 149.1.6^a, 9^a y 8^a) de nuestra *Ley de leyes*, de la atribución al Estado de competencia exclusiva respecto a la legislación mercantil, la legislación sobre propiedad intelectual e industrial y la legislación civil con diferentes matices. Mientras en los dos primeros casos la competencia estatal se configura en términos absolutos, en el tercero se predica con unas restricciones que, en cuanto hacen que “*en materia de obligaciones y contratos*” la competencia estatal se “*reduzca a [la regulación de] las «bases de las obligaciones contractuales», desaconseja[n] generalizar normas mercantiles, porque se corre el riesgo de que, una vez generalizadas, escapen del ámbito de esa competencia exclusiva del Estado. No es sensato unificar el Derecho privado en un Estado en el que el Derecho civil es plural*”²⁰.

Por ello la reacción frente al insatisfactorio estado de cosas ocasionado por el arcaísmo legislativo de los textos de nuestra codificación decimonónica, y la búsqueda de una solución que permita superar la inseguridad jurídica a que da lugar la dispersión de regulaciones originada por la proliferación de leyes extravagantes o *extracódigo*, si se enmarcan en el cuadro constitucional descrito, han de aspirar a que sea una sola (única) la legislación mercantil vigente en el mercado nacional único. Tales reacción y solución han de materializarse, para quienes propugnan esta línea de pensamiento, en la sustitución del viejo Código de 1885 por un nuevo Cuerpo legal adecuado a los requerimientos o las circunstancias del moderno tráfico mercantil, tráfico cuya identificación conceptual ha de construirse en torno a la “*materia mercantil*”, la regulación de la cual corresponde exclusivamente a la legislación estatal²¹.

El carácter histórico del Derecho mercantil, reconocido unánimemente en la doctrina²², consecuencia de la constante evolución de las normas mercantiles al compás de la evolución de las circunstancias sociales y económicas de la sociedad, de las sociedades del Mundo Occidental y de aquéllas sobre las que han ejercido decisiva influencia sus instituciones, posiblemente debería precisarse. Si en estas sociedades el

1 y ss. (“Introduzione”, en la cual reproduce, al reflexionar sobre “*L’unità del diritto privato*” su célebre “*Prolosione* pronunciada en Bolonia en 1892) y RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969, pp. 218 y ss.

²⁰ Cfr. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 18.

²¹ *Vid.* ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

²² *Vid.*, por todos, ASCARELLI “La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale”, *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. XXXII, año 1934, *Parte prima*, p. 6 y ss.; GARRIGUES, “Qué es y que debe ser el Derecho mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 71, enero-marzo de 1959, p. 45 y ss.; RUBIO, “Introducción...”, *op. cit.*, pág. 129; OLIVENCIA, “Historicidad, relatividad y sentido de la existencia de un Derecho mercantil separado del civil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO (coord.), *Derecho Mercantil*, vol. 1º, Ariel, 15ª ed., p. 68 y ss.

En el “*préambule*” al volumen en el cual se recogen las aportaciones al Coloquio desarrollado en el año 2007 en Perpignan durante el Congreso Regional de los Tribunales de Comercio celebrado con ocasión del bicentenario del *Code de Commerce*, ALAIN DEGAGGE resalta cómo este Cuerpo legal “*est lié à l’Histoire, ne serait-ce que parce que sa publication s’inscrit dans un processus dont l’histoire, précisément, n’est pas et ne sera, sans nul doute, jamais close*” (cfr. “Le Code de commerce et l’Histoire”, en YVES PICOD (dir.), *Le Code de Commerce: son histoire et l’évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale*, Saint-Estève, 2009, pág. 7).

desarrollo de ciertos tráficó profesionales ha requerido o requiere el establecimiento frente a la regulación jurídico-privada general o común de normas jurídico-privadas especiales, tales normas han de ser calificadas, en principio, de mercantiles, como de mercantil ha de ser calificado, también en principio, el estatuto jurídico-privado de los profesionales protagonistas de dichos tráficó²³. Pero si la expansión del tráficó mercantil lleva consigo la generalización de normas establecidas para atender a las circunstancias específicas que lo caracterizaban desaparece la razón de ser de la “*especialidad*” de las reglas mercantiles, y estas reglas devienen o han de devenir comunes o generales (es el proceso que Tulio Ascarelli describió brillantemente al manifestar que “*el Derecho mercantil muere en el momento de su mayor triunfo*”²⁴; y que para Rojo²⁵ pone en evidencia el carácter *contingente* del Derecho mercantil).

Ahora bien, dicho esto, ¿qué tráficó profesionales y qué estatutos empresariales son los que reclaman, mientras así sea, mientras sea o haya sido reclamada como tal, la existencia de una regulación mercantil especial o diferenciada de la general o común?

Las viejas concepciones decimonónicas habían definido la regulación o el Derecho mercantil como el Derecho de los “*actos de comercio*”²⁶. Pero para calificar como tales a los diversos “*actos*” u operaciones del tráficó y, reflejamente, como “*comerciantes*” a quienes los realizaban habitual o profesionalmente, tuvieron que servirse de una multiplicidad de factores contradictorios o incongruentes²⁷, lo que llevó a Nussbaum a afirmar que el concepto de Derecho mercantil se había disuelto (desintegrado) en un cúmulo de las más heterogéneas materias²⁸.

Una esencial superación de estas insatisfactorias aproximaciones a la “*esencia de la mercantilidad*” se obtuvo con la identificación del tráficó mercantil con el tráficó empresarial y de la figura del comerciante con la figura del empresario²⁹. Pero la reducción del contenido de la normativa mercantil a la regulación del estatuto de los “*empresarios mercantiles*” y a la del tráficó propio de estos empresarios, en virtud de una inercia histórica que excluía del ámbito de lo mercantil a determinadas actividades económicas, como las agrícolas, las artesanales o las de las profesiones intelectuales (científicas, liberales, o artísticas), no dejó de generar cierta insatisfacción conceptual³⁰ a la que ha querido ponerse remedio mediante la identificación de “*los sujetos mercantiles*” con quienes “*ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente para el mercado una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de*

²³ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, p. 340 y ss.

²⁴ Cfr. “La funzione del diritto speciale...”, cit., pág. 6.

²⁵ Vid. “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 19.

²⁶ Vid., por todos, OLIVENCIA, *op. cit.*, p. 49 y ss.

²⁷ Vid., por todos, OLIVENCIA, *op. cit.*, p. 57.

²⁸ Vid. “Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffs”, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, t. 76, 1915, p. 325 y ss. (especialmente p. 331).

²⁹ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil”, *op. cit.*, p. 340 y ss.

³⁰ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil”, *op. cit.*, p. 343 y ss.

*prestación de servicios para el mercado*³¹”. Porque la actividad mercantil ha llegado a ser en nuestro tiempo, se ha advertido, no “*solo la actividad empresarial, sino también la actividad de otros sujetos, genéricamente identificados como «operadores económicos»*”³².

3. LOS OBSTÁCULOS PARA LA TRANSFORMACIÓN DEL ANTEPROYECTO EN LEY. ESPECIAL REFERENCIA A LA ACOGIDA CRÍTICA DEL *NOUVEAU CODE DE COMMERCE* EN ALGUNOS SECTORES DE LA DOCTRINA FRANCESA

La expuesta es la concepción o toma de postura conceptual que subyace en el Anteproyecto del Código Mercantil. Texto que, continuando haciéndonos eco de las advertencias del Profesor Rojo en relación con la Propuesta, puede tropezar en el camino de su transformación en Cuerpo legal con dos serios obstáculos³³.

En primer término, con el prejuicio de que en nuestro tiempo, a diferencia de en el siglo XIX, no existe una “*vocación codificadora*”; con la extendida idea de que no es la nuestra una sociedad en la cual se encuentran afirmados los principios estables imprescindibles para que sea posible construir sobre ellos una nueva Codificación³⁴ (toman actualidad a través de esta advertencia algunas de las concepciones que, más allá de su formulación inicial por Thibaut y Savigny³⁵, fueron objeto del enriquecedor debate mantenido en tiempos pasados sobre la *vocación codificadora* o, dicho quizá con mayor precisión, sobre la posibilidad de las naciones de llevar a feliz conclusión una tarea codificadora digna de tal nombre en concretos instantes de su historia).

Y, en segundo lugar, con la defensa de la apertura del mayor ámbito posible para el juego de la autonomía de la voluntad. Una superposición a ésta de una regulación tan ambiciosa en su contenido como la del nuevo Código Mercantil, que en su misma denominación pone de relieve que su contenido ha de ser significativamente más extenso que el del Código de comercio al cual vendría a sustituir, podría introducir restricciones disfuncionales al libre juego de la voluntad de los protagonistas del tráfico de nuestro tiempo, superando así ampliamente los ya suficientes límites fijados por las disposiciones tuitivas de consumidores y usuarios³⁶.

Mas a las tomas de posturas críticas del esfuerzo neocodificador sustentadas con estas argumentaciones Rojo opone los siguientes contra-argumentos:

³¹ Cfr. artículo 001-2.1.a) y b) del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

³² Cfr. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 20.

³³ Vid. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 21 y ss.

³⁴ Vid. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 21 y ss.; GONDRA, “La deconstrucción el concepto de Derecho mercantil...”, *op. cit.*, p. 49 y ss.; TENA, “Un Código nuevo...”, *op. cit.*, p. 81 y ss.

³⁵ Vid. THIBAUT y SAVIGNY, “La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras «Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania» y «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho». Con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos”, Madrid, 1970.

³⁶ Vid. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, pág. 22.

A la primera: que si bien es verdad que un Código debe estar integrado por un conjunto normativo unitario, cuyas líneas maestras sean sólidas y estables, su contenido esté configurado por preceptos coordinados y se encuentre destinado, al menos vocacionalmente, a tener vigencia durante varias generaciones, no lo es menos (y quizá lo sea más) que el Código de comercio decimonónico *es hoy una ruina*. Una mínima observación de las exigencias del tráfico económico actual reclama imperiosamente que la regulación obsoleta o dispersa que ha desplazado a la anteriormente codificada sea sustituida por una nueva regulación contenida en un nuevo Cuerpo legal adecuado a la realidad presente; Cuerpo que, aun cuando posiblemente no llegue a tener la dilatada o secular vida del de 1885, responda en el momento actual mucho mejor que éste a lo que demandan las circunstancias sociales y económicas de nuestro tiempo. Y para facilitar la adecuación a la evolución de tales circunstancias del contenido de las normas del nuevo Código, del Código Mercantil, tal Cuerpo legal se ha concebido *“como un texto abierto al porvenir, en el que la numeración de los libros, títulos, capítulos y artículos sea la seguida por la codificación francesa, de tal modo que la refacción de singulares partes o la introducción de otras nuevas no exija la promulgación de leyes especiales”*³⁷.

A la segunda: que, aun cuando *“en una situación de creciente «competencia entre legislaciones»” “pueden ser desaconsejables” “intervenciones masivas del legislador” “en la medida en que pueden producir «deslocalización de contratos» a través de la expresa elección del Derecho aplicable”, “[en] todo caso, a diferencia de los anteriores codificadores, el codificador contemporáneo opera en un espacio de soberanía que no se corresponde ya con el espacio en el que operan los sujetos mercantiles. En un mercado globalizado, el pecado de ingenuidad en que puede incurrir el codificador es pecado mortal. El codificador debe observar lo que se ha hecho en las legislaciones más significativas, y ponderar temas a incluir y soluciones a establecer. El equilibrio entre lo que debiera hacerse y lo que la prudencia aconseja que se haga debe ser pauta de conducta indeclinable”*³⁸.

Sin duda ha de reconocerse un valor especial a estas reflexiones de uno de nuestros más autorizados mercantilistas actuales, quien tuvo una presencia muy activa en la preparación de la Propuesta de Código Mercantil³⁹. Pero, aun siendo lectores sólo

³⁷ Cfr. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. et loc.* ult, cit.

³⁸ Cfr. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, pág. 22.

³⁹ Tanto en los debates generales sobre ella como en los específicos de las Ponencias designadas para elaborar el contenido de los Libros II, dedicado a las sociedades mercantiles, y VI, consagrado a los valores e instrumentos de crédito y pago, de las que fue Presidente, y del Libro VII, en el cual se incluyen normas destinadas a la regulación de la prescripción y de la caducidad, así como en la adaptación para su definitiva inclusión en la Propuesta de Código del texto del Libro IV, referido a las obligaciones y a los contratos mercantiles en general, elaborado por la Ponencia designada al efecto, que fue presidida por don Fernando Sánchez Calero hasta que desgraciadamente su ausencia hubiera de dejar un sensible vacío entre nosotros, y en la Ponencia de Coordinación, a la cual ha correspondido establecer y aplicar los criterios formales precisos para supervisar las aportaciones de los distintos Grupos de Trabajo y dar unidad al texto finalmente aprobado por la Sección (*vid.* la “Relación de los vocales de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación...”, cit).

superficiales hasta la fecha de la Propuesta de Código Mercantil⁴⁰ y del Anteproyecto que trae causa de ella, no nos cabe menos (para ser fieles al compromiso de lealtad con el propio pensamiento exigible a quienes hacemos uso de la palabra en las aulas y de la pluma en las publicaciones jurídicas) que apuntar algunas reservas respecto de la *bondad* del proyectado nuevo Código, respecto a los efectos positivos de su concreción en el Cuerpo legal que en el Siglo XXI debería presidir la regulación de la “materia mercantil” en nuestra nación y, en definitiva, sobre cuál pudiera temerse que finalmente fuera el resultado del *iter* legislativo abierto con la perspectiva de la conversión del Anteproyecto en Ley.

A tal propósito consideramos que, en defecto de la fuerza de convicción, inexistente, que podría tener en estos primeros momentos la presentación de los frutos de lo que sólo sería (el nuestro), un análisis incipiente de la orientación y del producto de los trabajos que han dado lugar al Anteproyecto del Código Mercantil, cabría anticipar una primera línea de reflexión sobre este Anteproyecto, sustentada en algunas de las reflexiones avanzadas por la doctrina francesa en relación con el *Code de commerce* francés elaborado a través de un complejo proceso legislativo que tuvo como punto de partida la *Ordonnance* de 18 de septiembre de 2000.

Nos permitimos anteponer a la indicación de las reservas con que el *nouveau Code* ha sido acogido por algún sector de los juristas franceses un recuerdo quizá innecesario por obvio: la literatura jurídica y los modelos legislativos ultrapirenaicos han ejercido durante la historia jurídica española una gran influencia, cabría decir una influencia muchas veces decisiva, sobre el desarrollo de nuestras concepciones jurídicas y sobre nuestra legislación. Así, por lo que ahora interesa, la tuvieron sobre el Código de comercio de 1829, el primero de los Códigos españoles, el de Sáinz de Andino, y, a través de él, sobre el Código de comercio de 1885, aun cuando en este caso, como nos enseñó Jesús Rubio⁴¹, no fue la francesa una influencia única o excluyente de la tradición jurídica patria. Hoy día también ha de reconocerse el ascendiente, desde luego no en modo alguno la dependencia, del modelo del actual *Code de Commerce* sobre las ideas-fuerza que están en la base del proyectado Código Mercantil español. La Exposición de Motivos de este texto lo proclama en los siguientes inequívocos términos⁴²: “*El modelo implantado por el Code de commerce francés de 2000, de recodificación sistemática de la legislación especial, en virtud de su inserción en el cuerpo legal, es el que sigue el Código español para integrar la vigente normativa dispersa*”. Y, por consiguiente, no cabe entender privado de sentido recurrir a las especulaciones de los juristas galos para apoyar en su autoridad y razonamientos algunas de las reservas con las que podría ser acogida este Anteproyecto.

⁴⁰ Dado que, como ineludible consecuencia de la lejanía impuesta a uno de nosotros por el ejercicio de funciones en la jurisdicción constitucional, y la resultante de la no adscripción a la Comisión General de Codificación del otro, quienes suscribimos estas líneas permanecemos alejados de los trabajos de este órgano en las etapas clave de la concepción y la elaboración de dicha Propuesta.

⁴¹ *Vid. Introducción*, cit., p. 330 y ss.

⁴² Cfr. I.7.

Cierto es que, en honor a la verdad, antes de exponer tales reservas debemos dejar esto afirmado: para un amplio sector de la literatura jurídica francesa, como no podría haber sido de otro modo, el nuevo Código que en su nación ha venido a sustituir al viejo (y más que ello arcaico y quizá jamás nunca demasiado digno de veneración) *Code* de 1807, representa un paso *en avant* que debe ser favorablemente enjuiciado y acogido. Pero este posicionamiento no ha sido unánime entre los juristas del país vecino. Frente a la aparición del nuevo texto legal no han faltado voces críticas que reclaman nuestra atención sobre muchos aspectos negativos denunciados en él.

No vamos a hacer referencia a las cuestiones que suscita el nuevo *Code* en relación con el proceso legiferante seguido para su aprobación “*por fases*” y a través de una técnica de delegación legislativa; no tienen relevancia cuando la que en esta breve aproximación queremos sugerir es una reflexión sobre el proyectado Código español; no se plantean en relación a él. Tampoco nos detendremos sobre determinados problemas de la sistemática, del articulado, de algunos de sus específicos contenidos, y de varias otras cuestiones menores que se han denunciado en las críticas al *nouveau Code*; no tienen particular significado en cuanto a la proyección o al traslado de algunas de las reservas *de fondo* mantenidas por varios juristas de nuestro país vecino sobre el Cuerpo legal que en no poco ha servido de modelo al proyecto español.

En definitiva, no procede llevar a cabo una detenida y, mucho menos, una pretendidamente completa transcripción de las críticas doctrinales que han acompañado a la introducción a partir del año 2000 del nuevo *Code de Commerce* cuando lo que se pretende es, tan sólo, esbozar un breve apunte de las líneas argumentales seguidas por algunos sectores de la literatura jurídica francesa en sus primeras tomas de postura ante el Cuerpo legal que en el siglo XXI ha sustituido al viejo *Code de commerce* del siglo XIX.

Baste a título de ejemplo subrayar, con mero propósito ejemplificativo, cómo Philippe Pétel, profesor de la Universidad de Montpellier, advierte que el nuevo Cuerpo normativo no está presidido por una idea que lo vertebré⁴³, por lo que, en definitiva, “*ne peut être décrit avec exactitude que dans les termes suivants: c’est une collection de quelques règles touchant au droit des entreprises et des affaires*”⁴⁴; o cómo Jean Hilaire, profesor emérito de la Universidad de Lyon III, tras hacerse eco de las justas críticas dirigidas al *Code* de 1807 (un Código adecuado a la economía del siglo XVIII y que, en cuanto tal, ya presentaba clamorosas lagunas en una normativa que en el momento de su promulgación debería haber resultado adecuada para regular el tráfico de una sociedad llamada a protagonizar las revoluciones industriales y financieras del siglo XIX), observa que el esfuerzo codificador desarrollado para sustituir al *Code* napoleónico no ha conducido más que a una codificación *de mínimos*, en la cual se han armonizado y, a lo sumo, “*puesto al día*” los contenidos del viejo Código y los de las leyes que los han complementado o acomodado a los cambios sociales y económicos,

⁴³ “*Monstre juridique? En tout cas, certainement pas une oeuvre de rationalisation*” (cfr. « Décodification et recodification: un si mauvais Code? », en *1807-2007 Bicentenaire du Code de commerce: la transformation du Droit commercial sous l’impulsion de la jurisprudence*, Paris, 2007, pág. 31.

⁴⁴ *Op. et loc. ult. citis.*

pero en la que no se ha manifestado el ánimo de configurar un “*Derecho nuevo*”, sino el de ofrecer con un nuevo texto legal un simple instrumento ordenado a potenciar la comodidad y la seguridad de la vida jurídica al permitir alcanzar con mayor facilidad el conocimiento de las disposiciones legales en vigor⁴⁵.

Partiendo de esta misma idea Hervé Moysan, doctor en Derecho y director de *Lexis-Nexis France*, advierte que, si bien el Estado debe perseguir los objetivos de hacer accesibles e inteligibles las leyes, no se encuentra obligado a agruparlas en *textos consolidados*, pese a la función práctica que tales instrumentos podrían desempeñar sin duda alguna. Las compilaciones o textos consolidados, por las exigencias de exhaustividad y permanente actualización que les son inherentes, resultan inadecuados como producto de la actividad propia de los legisladores, y su elaboración corresponde a la doctrina científica o, incluso, a las editoriales jurídicas⁴⁶.

Y concluimos esta breve reseña de la crítica dirigida contra el *nouveau Code de commerce* por algunos sectores del pensamiento jurídico francés con el apunte de la expresión de perplejidad del profesor de la Universidad católica de Lovaina François T’Kint ante el empeño en codificar un Derecho sometido al constante cambio impuesto por el “frenesí legislativo”⁴⁷, y la valoración particularmente dura de la obra del año 2000 por parte de los profesores de la Universidad de París II, Dominique Bureau y Nicolas Molfessis, publicada el año 2001 en el *Recueil Dalloz*⁴⁸.

Éstos últimos autores, reconociendo de partida que la dispersión de la actual regulación mercantil justifica la empresa de una codificación contemporánea, ponen de relieve que los limitados objetivos perseguidos (con ella no se persigue en lo esencial más que facilitar el conocimiento de la normativa vigente, o incluso evitar o minorar la existencia de contradicciones o conflictos entre los contenidos de tal regulación) no han sido satisfactoria o plenamente alcanzados en el *nouveau Code de commerce*, puesto que en él se aprecian lagunas que merecen ser mencionadas, como la ausencia en su articulado del contenido de leyes que continuarán regulando *extravagamment* (fuera o al margen del Código) relevantes sectores de la actividad mercantil, tal como cabe apreciar en los casos, entre otros varios sin duda de especial importancia, del transporte marítimo o de las actividades extractivas (la pesca) realizadas en el mar. Y, aun cuando sea descendiendo a un plano menor, los profesores de París consideran oportuno resaltar el problema que originará a los destinados a utilizar el *Nouveau Code* verse obligados a

⁴⁵ Vid. “Genese et destin du Code de commerce de 1807”, en http://www.univ-montp1.fr/content/download/21176/189219/version/2/file/genese_destin_jean_hilaire.pdf, p. 15 y ss. (consultada por última vez el 1 de octubre de 2014).

⁴⁶ Vid. “La consolidation des codes, lois, décrets: positions doctrinales d’éditeurs ou devoir de l’État (objectif de valeur constitutionnelle d’intelligibilité et d’accessibilité de la loi)?”, en <http://www.frlji.org/spip.php?article68> (consultada por última vez el 1 de octubre de 2014). Este autor hace amplia referencia, en este mismo trabajo (pág. 6, nota 25), a « *les très vives critiques émises par la doctrine à l’encontre de l’entreprise de codification menée depuis 1989* »

⁴⁷ “On ne peut que partager la perplexité de l’universitaire devant ce qui a été qualifié de frénésie cadificatrice, spécialement lorsqu’il s’agit de codifier a droit constant” (cfr. “Conclusion”, en “1807-2007 Bicentenaire du Code de commerce”, *op. cit.*, p. 189).

⁴⁸ Bureau y Molfessis sintetizan su valoración del Cuerpo legal que ha venido a sustituir en Francia, a partir del año 2000, al viejo texto del Código de 1807 con una expresiva e hiriente rúbrica: “*Le nouveau Code de commerce? Une mystification (Recueil Dalloz, Doctrine, 2001, col. 361-369)*”.

su adaptación a “*a los nuevos artículos*” con un nuevo esfuerzo no exento de dificultades.

Desde luego no todas las críticas con que algunos sectores de la literatura jurídica francesa han recibido al nuevo *Code de Commerce* son trasladables al proyectado Código Mercantil español. Buen número de ellas, ya queda apuntado, particularmente las referidas al procedimiento legislativo adoptado para la aprobación de aquel Cuerpo legal, carecen de sentido en relación a lo que llegaría a ser nuestro Código. Pero otras sí cabría que cobraran pleno sentido dentro del marco de una reflexión sobre éste, como es el caso de las referidas al reducido valor, o incluso a la disfuncionalidad, de las compilaciones legislativas efectuadas por el legislador, o al carácter incompleto de la compilación llevada a cabo en el *nouveau Code* francés, también evidenciado en el Anteproyecto español, en el cual resultan destacadamente ausentes (por limitar la llamada de atención que aquí avanzamos a estas dos tan significativas) la normativa concursal⁴⁹ o la referente al contrato de transporte marítimo⁵⁰.

⁴⁹ Su ausencia (que contrasta con la llamada a la necesidad de incluir la regulación del *Droit des faillites* al reflexionar sobre la codificación efectuada por BRUNO COTTE, –*vid.* “Avant-Propos” de 1807-2007 *Bicentenaire du Code de commerce*, cit, pág. III-) se ha considerado justificable en función de este doble orden de consideraciones: (i) De una parte porque “*la regulación en un solo texto legal*” (y no separadamente en los Códigos civil y de comercio y en la Ley de Enjuiciamiento Civil) “*de los aspectos materiales y procesales del concurso*” responde al “*principio de unidad legal*” ya acogido por la Ley 22/2003, de 22 de julio, *concursal* (*vid.* apartado II de la Exposición de motivos de ésta). (ii) De otra, y fundamentalmente, porque la superación en el Derecho español (cfr. art. 1.1 de la *Ley concursal*), de conformidad a lo que requiere el *principio de unidad de disciplina*, de la vieja diferenciación entre el tratamiento concursal de los *comerciantes* y el de los *no comerciantes*, tiene la consecuencia de que, al ser *común* la normativa concursal, no resultaría procedente su inclusión entre las disposiciones *especiales* del Código Mercantil.

Pero quizá no sean suficientemente concluyentes ni una ni otra argumentación. La primera, que hace valer en defensa de la opción tomada por el Anteproyecto del Código Mercantil la anteriormente asumida por la *Ley Concursal*, no explica suficientemente por qué en este punto se ha seguido la línea de incorporar al nuevo Código la regulación de otros textos en los que, como en la indicada Ley, se incluyen junto a las materiales normas adjetivas o procesales (así ocurre, por poner de relieve dos supuestos particularmente relevantes, en lo referente a la *impugnación de acuerdos sociales* –Sección 3ª del Capítulo IV del Título I del Libro II- o a los *procedimientos judiciales* a través de los que pueden ejercitarse *las acciones derivadas de un título de crédito* –Sección 7ª del Capítulo VIII del Título III del Libro VI-). La segunda, que aduce para justificar la exclusión del cuerpo del *Código Mercantil* propuesto de la normativa concursal el carácter *común* de ésta, se desvía del criterio apuntado en la disposición final 32ª de la *Ley Concursal*, que ampara la competencia legislativa estatal para el dictado de ésta tanto en el art. 149.1.8ª como en el art. 149.1.6ª de la Constitución, de conformidad con el reconocimiento por su *Exposición de Motivos* de que no cabe “*ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación*”, y se aparta de lo precisado en la Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006 respecto de los trabajos encomendados a la Comisión General de Codificación para la redacción del texto que habría de sustituir al Código de Comercio de 1885, puesto que no integra en aquél toda la legislación de naturaleza mercantil.

⁵⁰ Esta última simplemente remitida por el proyectado art. 562-1, único integrante del Capítulo II del Título VI del Libro V, a “*su regulación específica*”; es decir, a una normativa *extravagante*, lo cual daría lugar en el mismo instante de la promulgación del Código a la *descodificación* de la disciplina de las materias contempladas en él.

No nos resistimos a poner de relieve, con énfasis especial, cómo el ritmo frenético de los cambios legislativos que vivimos en nuestros días habría de acarrear, casi inevitablemente, la obsolescencia de buena parte del contenido del proyectado Código Mercantil al poco, muy poco, tiempo de su publicación en el Boletín Oficial del Estado si ésta llegara a producirse. Baste observar que, en caso de que se hubiera aprobado el Código por las Cortes o el correspondiente Proyecto de Ley por el Gobierno con anterioridad a las respectivas fechas, *v. gr.*, de la Ley 10/2014, de 28 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito* o del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, *de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia* (cuya cita se realiza, sin pretensión alguna de exhaustividad, sólo en cuanto en estas disposiciones de rango legal se incluyen preceptos que inciden, aun cuando en algún caso sea sólo tangencialmente, sobre diversos contenidos del proyectado Código Mercantil), tal efecto habría resultado particularmente apreciable, por lo que, desde luego, para que el nuevo Código no naciera obsoleto, lo que a todas luces sería inadmisibles, habría ya que introducir modificaciones en el texto del Anteproyecto. Y que no es aventurado en modo alguno pensar que situaciones semejantes se plantearán con enojosa frecuencia en próximos años, en inmediatos meses o quizá hasta en cercanos días, lo que forzaría al legislador, si se aspira a que la compilación normativa alumbrada conserve algún valor, a realizar una continua tarea propia de Penélope, y casi tan infructuosa como la una y otra vez afrontada por la mitológica heroína helena para concluir la obra de su telar.

4. UNA REFLEXIÓN FINAL

Concluamos apuntando una advertencia sobre el que valoramos como más peligroso escollo que, conforme a una no demasiado aventurada conjetura, habría de sortear en el curso de su eventual tramitación parlamentaria el proyecto de Código.

La Exposición de Motivos que lo antecede proclama que “[l]os postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan [...] la clara delimitación de ésta y la integración de [su] normativa reguladora⁵¹. A esos fines, el Código resulta el instrumento de política legislativa más adecuado. Cuando parecía superado el movimiento codificador, renace actualmente como recurso unificador (un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional), que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula⁵². Conforme a esta idea esencial, para Bercovitz clave de la tarea emprendida⁵³, la disposición final novena del Código Mercantil establecería que éste “*se dicta en virtud de la competencia estatal exclusiva en materia de legislación mercantil y legislación procesal establecida en el*

⁵¹ Cfr. I.6.

⁵² Cfr. I.7.

⁵³ *Vid.* “Acerca del nuevo Código Mercantil”, cit., pág. 29.

artículo 149.1-6ª de la Constitución”, invocación que consideramos no se efectúa con la amplitud adecuada para cubrir la competencia del Estado en orden a la promulgación de todas las disposiciones de rango legal que habría de contener el proyectado Código Mercantil. Baste la referencia, también de carácter no cerrado, a la inclusión en él de normas sobre la dependencia del Ministerio de Justicia del Registro Mercantil y su radicación territorial (artículos 140-1.2 y 140-3) así como sobre su llevanza por funcionarios públicos, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (artículo 140-4), materias en relación con las cuales habría de fundarse la exclusiva competencia legiferante estatal en el artículo 149.1.8ª de la Constitución⁵⁴; sobre la propiedad industrial (Título VI del Libro Tercero), materia sobre la que procedería la invocación de la norma competencial recogida en el artículo 149.1.9ª de la *Ley de leyes*;...

Valoramos como el que sería el principal mérito del proyectado nuevo Código Mercantil su incardinación en la competencia exclusiva del Estado sobre un sector normativo, el de la legislación mercantil, cuya disgregación en competencias autonómicas pondría en peligro (si se nos permite una triste profecía destruiría casi indefectiblemente) la unidad del mercado nacional, base sobre la que se han construido los Estados de nuestro tiempo; valga decir, se han construido secularmente los Estados. Pero la exacerbación en nuestro país de sentimientos y movimientos políticos de marcado carácter nacional-localista, asumidos y defendidos por fuerzas políticas firmemente, cuando no hegemónicamente, implantadas en algunas de sus tradicionales divisiones territoriales (reinos, países y regiones; *nacionalidades* cuando así han llegado a definirse haciendo uso del término recogido, a nuestro parecer con no demasiada fortuna, en el artículo 2 de la Constitución), hace fácil augurar que, precisamente por la trascendencia que en la afirmación del Estado Nacional habría de revestir el Código, su aprobación por las Cortes Generales encontraría muchas dificultades. O, si se quiere (dado que la actual correlación de fuerzas en las cámaras permitiría en un plano formal superar tales dificultades), se enfrentaría en todo caso con una firme oposición que, en las actuales circunstancias de crisis económica, social, institucional y política, podría preferirse no suscitar.

Pero no desearíamos seguir augurando dificultades o problemas para el Anteproyecto del Código Mercantil en el curso de su *iter* legislativo; no es grato asumir el papel de Casandra. Y nunca los juristas debemos arrogarnos el arriesgado papel de profetas (sobre todo de profetas de futuro; el más confortable de los aúspices que vaticinan los hechos de tiempos pasados presenta desde luego muchos menos peligros). Por ello abandonamos el resbaladizo camino hasta aquí apuntado y damos fin a estas primeras y quizás aventuradas reflexiones sometiendo las ideas sugeridas en ellas a cualquier opinión contraria mejor fundada en Derecho o más conocedora de los previsibles derroteros de la política española.

⁵⁴ Y respecto de las cuales no atribuye a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencia alguna.