



Sobre el concepto de Derecho mercantil

Autor/a

José Carlos Espigares Huete

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández.

***REVISTA LEX
MERCATORIA.***

*Doctrina, Praxis, Jurispru-
dencia y Legislación*

RLM nº5 | Año 2017

Artículo nº 11

Páginas 57-78

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

La delimitación conceptual del Derecho mercantil es una tarea ardua. Son evidentes las dificultades inherentes a la pretensión de obtener un concepto de Derecho mercantil. Advierte el profesor OLIVENCIA que “El jurista no puede pretender la formulación de un concepto permanente y omnivaledero de ésta ni de ninguna otra rama del Derecho; pero sí debe intentar acercarse a la realidad y captar la naturaleza de ésta como base de la definición

de Derecho que la regula”¹. Las dificultades, evidentemente, son más acusadas en disciplinas como la nuestra. Esto aunque se trate de una materia académica perfectamente individualizada y con acreditada autonomía legislativa. Pero, como indicaba DIAZ MORENO, delimitar la materia mercantil es trascendental en un Ordenamiento como el nuestro, donde conviven dentro del Derecho privado dos ramas con sus respectivos

cuerpos normativos, principios jurídicos e instituciones².

El “Anteproyecto de Ley del Código Mercantil” aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 ha actualizado seriamente el debate en relación a lo que deba ser el Derecho mercantil, al pretender reunir en un código buena parte de la normativa reguladora de la disciplina. Aunque conviene, a nuestro juicio, tener muy en cuenta que su aportación a un ensayo de concepto viene limitada en un doble sentido: primero, porque es unánime que no se producirá su promulgación como ley; segundo, lo que constituye una limitación más radical, porque bien podrían aplicarse en su caso (esto es, de aprobarse un “Código”), y *mutatis mutandi*, las palabras del profesor OLIVENCIA a propósito de un intento definidor basado en una visión positiva de nuestro vigente Código de Comercio: no dejaría de ser “ (...) una simple acotación legislativa y acomodaticia de la materia regulada (...). Ese acotamiento jurídico-formal del Derecho mercantil no formula su concepto esencial, basado en la naturaleza misma de la realidad regulada; y, de otra parte, el concepto de una rama del Derecho no queda petrificado en un Código, sino que vive en la realidad cambiante, en función de mutaciones sociales y de inspiraciones ideológicas que lo condicionan”³.

Si tuviésemos que posicionarnos al respecto, en pocas líneas, nuestra reflexión sería la siguiente. Somos partidarios de no negar la realidad. Y la realidad siempre es histórica. Esto nos aproxima a la corriente historicista y, sin llegar a una posición escéptica o negadora de todo sistema, nos sugiere la dificultad de la sistematización unitaria de la materia mercantil conforme a criterios científicos. Pero en ningún caso compartimos

que se haya producido la disolución del Derecho mercantil, como algunos han defendido, sino que más al contrario se acrecienta este Derecho hasta el punto de imposibilitar ya la unificación general del Derecho privado. Para nosotros el Derecho mercantil estará siempre sometido a condicionantes históricos de primer orden: y esto, precisamente, es lo que nos obliga a dar por buena actualmente la concepción del Derecho mercantil como Derecho del mercado.

Las nuevas tendencias que presenta el Derecho mercantil hacen que el mercado se sitúe como un nuevo concepto delimitador de la materia mercantil. Así sucede tanto en el ámbito nacional como internacional. Pensemos en el fenómeno, con implicaciones varias, de la nueva *Lex Mercatoria* y todo lo que la misma comporta desde la perspectiva del denominado Derecho Uniforme del Comercio Internacional y la globalización del mercado. Otro tanto sucede en el ámbito estrictamente europeo. El papel incisivo del mercado no creemos que pueda ya ponerse en duda. La materia mercantil se extiende al Derecho privado de todo el mercado, pues la comercialización del Derecho civil (mejor, del Derecho privado) y la generalización del Derecho mercantil hacen que regule aspectos que van más allá de los circunscritos a la actividad del empresario y la empresa. Todo parece sugerir que resulta necesario, por lo tanto, reelaborar su concepto conforme a las nuevas bases que proporciona el mercado. El mercado obliga a ampliar las fronteras del Derecho mercantil por puro sentido común. Como señala OLIVENCIA no podemos sino reconocer “(...) que ni la empresa ni el empresario son criterios idóneos para calificar la materia regulada por el Derecho mercantil, ni los protagonistas únicos de la competencia, ni de la publicidad, ni de la

titularidad de los derechos de propiedad industrial, ni de los valores, ni de otros instrumentos del tráfico mercantil”. El concepto de «legislación mercantil» que proclama la Constitución española confirma también esta misma realidad: porque es el mercado, y su unidad, lo que justifica la atribución de la competencia exclusiva del Estado en materia mercantil. La legislación relativa a la defensa de los consumidores y usuarios y a las condiciones generales de la contratación supuso igualmente otra manifestación muy importante de la relevancia del “mercado”⁴.

Lo que se ha producido, por tanto, es una ampliación objetiva y subjetiva de la materia mercantil determinada por la fuerza del mercado. Esto es lo que básicamente pretende, con mayor o menor acierto, el Anteproyecto de Código mercantil. El relativismo que aparentemente acoge el Código no es más que una fuerza naturalmente centrípeta y clara y legítimamente defensiva. Podría hablarse de flexibilidad o de elasticidad, pero en el fondo es esa indeterminación histórica (bueno, realmente la determinación histórica: la de ahora, la del mercado) la que subyace. La fuerza centrípeta a la que hemos aludido es clara: y se justifica por sí sola. La fuerza defensiva ofrece más dudas, pero responde al fenómeno de expansión de los Derechos civiles. Realmente esta expansión civilista no se justifica, con carácter general, ni política ni conceptualmente.

No queremos decir, por lo demás, que estemos de acuerdo con el Anteproyecto de Código mercantil. Pero -cosa bien distinta- si alguna codificación general es necesaria, hay razones para pensar que ya no puede ser otra que la codificación mercantil. No lo decimos nosotros. Lo ha indicado el profesor ROJO⁵. Aunque seguramente la vía de la codificación

sectorial, o leyes generales, puede ser un instrumento alternativo muy útil que proporcione el tiempo necesario para un replanteamiento de la cuestión y para alcanzar un Derecho especial lo más completo posible⁶. Lo que no parece ya viable es la unificación general del Derecho privado (a salvo, en la mejor de las hipótesis, la sola unificación del Derecho de obligaciones y contratos). Se podrá discutir todo lo que se quiera, pero el acusado y progresivo proceso de especialización y de autonomía creciente de las distintas ramas que componen el Derecho mercantil, sugieren la imposibilidad de la unificación; y, quizás también, la unificación en un solo Código de la materia mercantil. A esto se unen los procesos de integración económica y la igual especialización de los tribunales. Siendo así las cosas, y en todo caso, para nosotros el Derecho mercantil positivo sigue siendo todavía hoy una categoría histórica y también dogmática. El Derecho mercantil es básicamente el Derecho del mercado.

Pero lo cierto, al menos sobre el papel, es que se ha producido un retorno a la tendencia codificadora “general” con el controvertido “Anteproyecto de Ley del Código Mercantil” aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014. La unificación del Derecho privado pretendida no se ha producido. Más al contrario se trabajó en los últimos años en la línea de un nuevo Código Mercantil. Así, en el ámbito de la sección mercantil (sección segunda) de la Comisión General de Codificación, se alcanzó el “Anteproyecto de Ley del Código Mercantil” aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014⁷. La propia *Exposición de Motivos* del Anteproyecto expone la razón de ser de un nuevo Código mercantil.

Comienza por dar cuenta del fenómeno

codificador original que precede al actual. En este recorrido histórico, obviamente muy dilatado, destaca que (I-1) “Cuando se aprueba este Código Mercantil se han cumplido ciento treinta años desde la promulgación del Código de comercio español vigente. Una larga y azarosa fase histórica que parte de la Restauración monárquica y llega al Estado social y democrático de Derecho consagrado en la Constitución de 1978, a través de cambios políticos tan importantes como la II República y las dos dictaduras, la que precedió a su advenimiento y la que sucedió a su caída, tras la guerra civil”.

También se confronta brevemente el Código de 1829 con el Código de 1885, explicando las razones de la breve vigencia del primero. Así señala que “El Código de comercio de 1885 encontró su justificación en la insuficiencia de su antecesor, de 1829, que ignoró instituciones tan importantes como la bolsa y la banca y no sintonizó con los cambios políticos favorables a la libertad, que habían potenciado el comercio y la industria y causado una “verdadera revolución” en el orden económico” (I-2). La derogación del Código de 1829 se impuso necesariamente porque “Las reformas realizadas para suplir esas deficiencias por un cúmulo de disposiciones especiales no sólo no resultaron suficientes, sino que hicieron “difícil y enojosa” la aplicación del Código de 1829 –derogado en muchos de sus artículos- y provocaron un “estado de confusión y de verdadera anarquía”, que hizo necesaria y urgente la redacción de un nuevo Código. Entre ambos, transcurrieron cincuenta y seis años del siglo XIX” (I-3).

El Anteproyecto cree que la derogación del Código de Comercio de 1885 es hoy más que nunca necesaria. Y ciertamente no parece que pueda cuestionarse esta realidad: “Ahora,

tras una larga era de cambios profundos y acelerados al ritmo de la historia de nuestro tiempo, son muchas más las razones que imponen la derogación del Código de comercio” (I-4). El fenómeno de vaciamiento del Código, que hemos explicado en este proyecto docente, obedece a distintas razones. En otras ocasiones se ha optado por actualizar la materia en el propio Código, lo que ha propiciado que se mantenga en vigor aunque sea parcialmente. Se señala, en este sentido, que “El Código de comercio no ha perdido vigencia, pero sí vigor. Su inadecuación a la realidad política y económica ha intentado también salvarse a través de leyes, unas de modificación de su articulado (como las relativas a la persona casada comerciante, el registro mercantil, la contabilidad), otras, las más numerosas, especiales, reguladoras de materias no contempladas en el Código (la sociedad de responsabilidad limitada, la competencia, la propiedad industrial, la defensa de los consumidores, la contratación electrónica) o derogatorias de partes de éste (como las relativas a la sociedad anónima, a la bolsa y a los agentes mediadores colegiados, al seguro, a la letra de cambio y al cheque, a la suspensión de pagos y a la quiebra), que han provocado un progresivo vaciamiento del Código” (I-5).

Este vaciamiento, con derogación progresiva de sus preceptos y la “polución legislativa” a la que ha dado lugar, es la primera razón de peso esgrimida en el Anteproyecto para la reforma. Se refiere, en particular, a la dispersión normativa y la inseguridad jurídica que provoca: “Subsiste así la inadecuación del viejo Código a la actual realidad política y económica, mientras que, a la vez, la proliferación de leyes especiales desgajadas de él da lugar a una dispersión normativa de efectos muy negativos para la seguridad jurídica y para la

realidad del mercado” (I-5).

La competencia legislativa del Estado en la materia mercantil y su relación con la unidad de mercado aparece en el Anteproyecto como la razón fundamental que justifica el nuevo Código. Se indica que “Los 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, por el contrario, la clara delimitación de ésta y la integración de la normativa reguladora” (I-6). Y vuelve a insistir más adelante en los pilares del Anteproyecto: la constitución económica, con el modelo de economía de mercado y la competencia exclusiva del Estado en materia mercantil: “La delimitación de la materia mercantil se hace sobre la sólida base de los postulados que establece nuestra constitución económica, partiendo del que la enmarca en la economía de mercado y de la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, entendido como la regulación de Derecho privado propia del mercado. No había obstáculo más nocivo para esa unidad que la diversidad de regulación jurídico-privada de la materia mercantil” (I-9)⁸.

Sostiene ALFARO AGUILA-REAL⁹, en relación a este particular, que “No hay ninguna buena razón para promulgar un Código de Comercio. La única de peso que se ha dado es política: ocupar el espacio legislativo reservado por la Constitución al Estado (“legislación mercantil”) para evitar que las Comunidades Autónomas, especialmente las que tienen competencia en materia de Derecho Civil foral, desborden sus competencias. Es una actitud cobarde por parte del Gobierno y demuestra una enorme falta de confianza en el mercado

(que rechazará las disposiciones de las Comunidades Autónomas que sean ineficientes) y en las instituciones (el Tribunal Constitucional) encargadas de que tal cosa no ocurra. La unidad de mercado no exige, en general, la unidad de Derecho supletorio como lo prueba el caso de los EE.UU. El problema de España es la falta de lealtad constitucional del Estado y de las CC.AA. que no cooperan en la medida necesaria cuando hay competencias compartidas”.

En otro extremo se sitúa ROJO. Porque “el riesgo de ocupación” y “de apropiación” ya se ha producido por los Derechos civiles particulares. Y sin que quepa desmerecer tampoco “el riesgo de fuente supletoria”: esto es, que “Si el Derecho mercantil tiene al Derecho civil como fuente supletoria de segundo grado (art. 2 C. de c.) y ese Derecho civil no es único sino plural, la solución de un problema jurídico determinado puede ser diferente según cuál sea el Derecho civil supletorio aplicable”. La consecuencia, para ROJO, es que “(...) tras la Constitución política de 1978 la aspiración a la unificación del Derecho privado haya sido abandonada por completo”. Y aquí está la clave: “La codificación mercantil separada no es, pues, una cuestión formal, no es una cuestión de importancia secundaria, sino una cuestión esencial. En este contexto, la función política de ese nuevo Código de comercio es de absoluta evidencia”. Un Derecho unitario lo exige el mercado: “Ahora tenemos multitud de Derechos civiles, pero el tráfico económico exige imperiosamente un Derecho unitario; y la forma de conseguirlo ya no puede ser un Derecho privado unificado en un Código único, sino un Derecho especial lo más completo posible”¹⁰.

Entre los mercantilistas críticos con el Anteproyecto se encuentra GONDRA¹¹, para

quien se estaría produciendo una deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado. Reconociendo legítima la preocupación competencial, como motivación específica del Código proyectado, considera que “(...) en el trance de la codificación de este sector del Derecho, se ha de afrontar necesariamente este problema conceptual del Derecho mercantil, so pena de correr riesgos de descarrilar” y que “(...) Sin una reflexión a fondo, no es posible trazar un plan legislativo seguro y coherente”.

No se oculta en el Anteproyecto que el movimiento codificador parecía una posibilidad descartada, y realmente así era si tenemos en cuenta la opinión importante de parte de la doctrina. Por esta razón ha causado cierta perplejidad general el Anteproyecto de Código mercantil (más bien, para otros, la perplejidad ha derivado del resultado del texto, que no ha respondido a las expectativas que había generado). Esto, claro está, aunque sabíamos que se estaba (Orden de 7 de noviembre de 2006, por la que se encarga a la sección segunda, de Derecho Mercantil, la elaboración de un nuevo Código Mercantil; Orden de 24 de noviembre de 2006, por la que se constituye una ponencia para la coordinación de las tareas de elaboración de un nuevo Código Mercantil; y Propuesta del Código Mercantil de 17 de junio de 2013), y se está todavía (Orden de 16 de febrero de 2015 por la que se constituye un grupo de trabajo integrado por vocales de las secciones primera y segunda para la Revisión del Anteproyecto Código Mercantil y la Propuesta de Modernización de las obligaciones y contratos) trabajando en ello. Este renacer de la idea codificadora, como hemos referido, descansa en la idea de un mercado único. Y se toma como estímulo, al menos aparente, la recodificación francesa del año 2000. El Ante-

proyecto, en concreto, reitera que “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 regula. 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, sin perjuicio de su revisión para actualizarla y completarla” (I-7).

La delimitación de la materia mercantil, a la que el Anteproyecto dedica el Título preliminar, recupera la delimitación objetiva y subjetiva de la que tanto se ha escrito. Y, precisamente, a la vista de las distintas corrientes doctrinales sobre tan recurrente cuestión nos parece un poco exagerado proclamar que el proyectado Código Mercantil “considera al Derecho Mercantil bajo una faz completamente nueva” (I-9). Otra cosa es que se refiera al Código todavía vigente, porque el Derecho mercantil hace tiempo que se contempla desde una perspectiva nueva: esto es, vigente y de acuerdo con su historicidad.

Para el Anteproyecto el mercado se convierte en la categoría fundamental que permite la delimitación, objetiva y subjetiva, de la materia mercantil: “Partiendo de la doctrina del TC, de la doctrina científica moderna más autorizada, el mercado se concibe como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial. De esta manera, el Derecho mercantil vuelve a ser

el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas” (I-10).

Para ALFARO¹², en cambio, definir el mercado de esa forma es erróneo. Como también lo es afirmar que « (...) el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas». Según este autor «los planteamientos que están detrás de la delimitación de su ámbito de aplicación son muy discutibles. Me refiero –*sigue ALFARO*– a la concepción del Derecho Mercantil como “la regulación de Derecho privado propia del mercado” sin que se sepa muy bien qué se entiende por mercado, puesto que las relaciones entre particulares también se realizan en el mercado y las relaciones entre empresarios y consumidores finales son igualmente relaciones de mercado. Parecidas observaciones pueden hacerse en relación con la utilización de conceptos como “empresa”, “empresario”, “operador económico” y en relación con la enorme cantidad de contratos “mixtos” (celebrados entre un empresario y un consumidor) que deberían conducir a regular esos contratos en el Código Civil». No podemos estar de acuerdo en este punto con ALFARO: porque el Anteproyecto, independientemente de su oportunidad o interés, ciertamente se ha articulado en torno a lo que se ha venido considerando la «mercantilidad» en la realidad económica actual. Como muy bien refiere VERGEZ, precisamente, «(...) desde el punto de vista de la Unión Europea y del mercado único, el propio Derecho comunitario establece normas de ordenación del mercado y de las operaciones comerciales que son comunes a todos los agentes económicos, sin perjuicio de aclarar que ello no conlleva necesariamente su califi-

cación como empresarios»¹³. Así, por ejemplo, la directiva comunitaria sobre la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

GONDRA, sin embargo, tiene serias dudas “(...) de que la evolución del Derecho mercantil hacia un Derecho del mercado (...) constituya una correcta apreciación de la evolución de la referida relación funcional de la materia regulada y del Derecho positivo”. Se considera, por lo tanto, más proclive a sostener la teoría de la empresa y no la concepción del Derecho mercantil como Derecho del mercado. Esta última tesis, cuyos más fervientes seguidores son OLIVENCIA y BERCOVITZ, es la que inspira el sistema del nuevo Código mercantil propuesto. Las dudas de GONDRA, le llevan a afirmar –y en ese sentido no le falta razón– que “La interpretación de los cambios no es fácil, y por lo general, sólo con el paso del tiempo se puede captar su verdadero significado para el Derecho. Pero es mejor, en todo caso, pecar por retraso, que correr el riesgo de un falso diagnóstico, que arrastre a un erróneo planteamiento jurídico”¹⁴.

Por lo que se refiere a la delimitación subjetiva del Anteproyecto el empresario sigue ocupando un protagonismo relevante, aunque no excluyente del de otros protagonistas del tráfico. El concepto de empresario tiene una fuerza expansiva, pareja al concepto amplio de empresa que se ofrece. El consumidor, en cambio -y siendo incuestionablemente un operador del mercado-, no quedará sometido a las disposiciones del Código. Para el Código proyectado deben considerarse sometidos al mismo tanto los empresarios mercantiles como los no mercantiles, además de otros sujetos no empresarios en el sentido económico: “Los protagonistas del tráfico se clasifican en productores de bienes y prestadores de servicios, de una parte, y consumidores, de otra. Sólo

los primeros se conciben como operadores del mercado sujetos a este Código. Son, fundamentalmente, los empresarios, como ha señalado la doctrina constitucional; pero ésta se limita a resolver en cada caso si una determinada materia es o no mercantil, a los efectos de aplicar la competencia exclusiva del Estado al dictar normas mercantiles. Ninguna duda cabe de la naturaleza mercantil de los empresarios “comerciales” o “comerciantes”, de su estatuto propio y de las relaciones jurídicas en que se desarrolla su actividad externa de mercado (I-11). Pero ese concepto central de empresario, basado en el previo de la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, no puede ya restringirse a lo “comercial”, según el concepto clásico que recoge el Código de comercio de 1885, expulsado hoy por la unidad del mercado; debe comprender también a empresarios dedicados a aquellas materias excluidas del Derecho mercantil, como la agricultura o la artesanía, que constituyen objeto de empresas cuyos titulares actúan asimismo en el mercado. Y debe comprender también a otras personas que, no siendo empresarios desde el punto de vista económico, dada la naturaleza intelectual de los bienes que producen o de los servicios que prestan (científicos, artísticos, liberales) han de incluirse entre los operadores sujetos a este Código. Esta equiparación se ha producido ya no sólo en el Derecho de la Unión Europea, que forma parte de nuestro Ordenamiento, sino en el de origen estatal, como sucede con el Derecho industrial y el Derecho de protección de los consumidores” (I-12). Ciertamente, como ha precisado OLIVENCIA, “El empresario ya no es *mercantil* por la naturaleza de su actividad económica, sino por operar en el mercado y concurrir en él con sus bienes o servicios. Como concurren otros profesionales alejados del concepto de empre-

sario por la naturaleza intelectual (científica, liberal o artística) de los bienes que producen o de los servicios que prestan”¹⁵.

La delimitación subjetiva ofrecida, caracterizada por su elasticidad, debe acompañarse de una semejante flexibilidad desde el punto de vista de la delimitación objetiva¹⁶. Pero en todo caso contemplando la posible aplicación de una normativa específica. Esto sucede, con carácter principal, en el caso de los consumidores y usuarios: “Desde el punto de vista objetivo, las relaciones de estos operadores del mercado entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil. Cierto es que, desde el punto de vista subjetivo, por razón de la persona, a los efectos del estatuto mercantil, y objetivo, por razón de la naturaleza de las operaciones, pueden quedar sometidos a normas específicas, distintas de las del Código mercantil, tanto los operadores del mercado como las relaciones jurídicas en que se desarrolla su actividad externa, principalmente con consumidores, cuya legislación protectora se aplicará, en lo pertinente, con prioridad a este Código” (I-13).

Esta flexibilidad, subjetiva y objetiva, es punto cardinal de la reforma que se articula. Por eso se reafirma que “Estos conceptos se extienden en el nuevo Código hasta incluir ámbitos económicos hasta ahora excluidos del Derecho mercantil por razones históricas que se consideran superadas, como la agricultura y la artesanía. Por otra parte, la figura central del empresario no es la única protagonista entre los operadores del mercado sujetos al Código, concepto que también abarca a los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes o servicios destinen al mercado; a las personas jurídicas que, cualquiera sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las acti-

vidades expresadas en el Código, e incluso a los entes sin personalidad jurídica por medio de los cuales se realicen” (I-15). Tanto la delimitación subjetiva como la objetiva vienen condicionadas por un concepto determinado de empresa. La inexistencia de un concepto jurídico de empresa, sobre el que se ha discutido intensamente en la doctrina, ha venido siendo un problema cuando se pretendían afrontar ciertas cuestiones de la disciplina: sea la delimitación misma del concepto de Derecho mercantil o, más concretamente, aspectos prácticos controvertidos respecto a los negocios jurídicos sobre la empresa. El Anteproyecto pretende ahora elevar a la empresa, y al empresario, a categorías de referencia: “Para calificar a esos ámbitos, subjetivo y objetivo, el concepto de referencia es la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, a partir de la cual se identifica a su titular (el empresario) y a la actividad que desarrolla en el mercado. Mas la titularidad de una empresa, criterio unitario para la calificación del empresario persona natural, no lo es para el empresario persona jurídica, en el que, junto al criterio de la naturaleza del objeto social se recoge el formal de la adopción de algún tipo de sociedad mercantil” (I-14)¹⁷.

La posible aplicación de una normativa específica, a nuestro juicio, es el resultado de ese relativismo aparente que acoge el Código con una fuerza legítimamente centrípeta y claramente defensiva. Nada nuevo, por lo tanto, frente a lo que de algún modo venía constatándose por parte de los mercantilistas. De ahí que se exponga que: “Al empresario, como figura central, le es aplicable plenamente el estatuto mercantil, esto es, el conjunto de normas que establecen especiales derechos y obligaciones para las personas así calificadas, en función de la titularidad jurídica de una em-

presa y de la actividad que a través de ésta realiza para el mercado. En el estatuto se integran las normas sobre régimen jurídico-privado de la empresa, responsabilidad y representación de su titular, registro mercantil y contabilidad, así como, en su conjunto, el Derecho de sociedades mercantiles” (I-16). Y, lo que es más importante, que “Estas normas legales especiales pueden extender su aplicación a los demás operadores del mercado incluidos en el ámbito subjetivo del Código de no existir otras que les sean específicamente aplicables por razón de la naturaleza de la persona, de la materia o de la índole de sus actividades” (I-17)¹⁸. No yerra ROJO cuando, exponiendo los fundamentos del Código propuesto, detecta el “riesgo de la apropiación” y el “riesgo de la ocupación” frente al Derecho civil. Es cierto que “En rigor, las fronteras entre el Derecho civil y el Derecho mercantil no son fronteras científicas, sino históricas. Los territorios respectivos no sólo se han modificado a lo largo de las épocas, sino que siguen modificándose hoy en día. Las zonas grises son muchas e importantes. La dificultad extrema para determinar dónde están esas fronteras ha sido aprovechada por los Derechos civiles particulares, con creciente inquietud de quienes defienden la absoluta necesidad de un Derecho unitario del mercado interior. Unas veces, la regulación autonómica es diferente de la regulación mercantil; otras, la legislación civil, anticipándose a la legislación mercantil, ocupa terrenos de la legislación mercantil que están pendientes de regulación. Pero además, el fenómeno de la descodificación de aquellas materias mercantiles que han pasado a ser reguladas por leyes especiales unitarias cuyo carácter mercantil no es evidente, aumenta la dimensión de estos riesgos”¹⁹. Extender el criterio de la mercantilidad es la consecuencia ineludible de aceptar que el Derecho mercantil

es el Derecho privado del mercado.

En el Título preliminar se normativiza lo que acabamos de indicar, incluyéndose “(...) los artículos que delimitan el objeto de la regulación del Código, haciendo referencia a los ámbitos subjetivo y objetivo que permiten delimitar la materia mercantil que es objeto de regulación en el Código”. Especial referencia se realiza a la normativa protectora de los consumidores y usuarios, con una remisión general a cualquier otra legislación: “Entre las normas de este Título preliminar destacan, por un lado, la que asegura la aplicación en todo caso de la legislación protectora de los consumidores y usuarios y, por otro, la que mantiene la vigencia de la legislación específica en razón a la naturaleza de la persona o de la actividad. Ambos preceptos proyectan su eficacia sobre todo el Código Mercantil asegurando la aplicación de tales leyes aun cuando ya no se diga expresamente” (I-21). Respecto a la protección de los consumidores, en consecuencia, parece consagrarse su autonomía: “Importa destacar que se ha tomado como criterio general el de no incorporar a este Código mercantil las normas de protección de los consumidores, que se consideran vigentes y respetando su imperatividad, se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente, y tratándose de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia, parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil” (I-34). Pero, como matiza VERGEZ²⁰, este posicionamiento no debe entenderse como una renuncia a la consideración como mercantiles de los contratos cele-

brados con consumidores. Estamos totalmente de acuerdo, porque es claro que “La figura del consumidor surge en el mercado, y no en las relaciones entre particulares”; y, además, “El hecho de que, en algunos Ordenamientos europeos, las normas sobre contratos con consumidores se hayan incorporado al Código civil no contradice esta realidad”.

El Anteproyecto acota la materia regulada en el Código incluyendo “(...) los actos y contratos calificados de mercantiles, bien por razón del sujeto y de la actividad, bien por su objeto o por el mercado en que se celebren; el régimen jurídico de las sociedades mercantiles; la competencia en el mercado, y la propiedad industrial” (I-19). Y, por lo que se refiere al sistema de fuentes, parece llevar al extremo la especialidad de la materia mercantil. Evitaría así, incluso, la antigua controversia en cuanto a la prioridad de los usos mercantiles en materia contractual frente a la legislación civil. Señala, con este propósito, que “El Código no se plantea ninguna cuestión de fuentes ni de autonomía legislativa del Derecho mercantil, sino que, partiendo de su carácter de Derecho especial, se limita a acotar su propia materia, a la que son aplicables, en primer lugar, las normas del Código y, en su defecto, los usos de comercio, en reconocimiento de la importancia de éstos, no ya en el origen de esta rama del Derecho sino en el moderno tráfico; sólo en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se aplicarán a esta materia las de la legislación civil, según su sistema de fuentes” (I-18).

Muy crítico se muestra también en este punto ALFARO²¹, para quien “La regulación de las “fuentes del Derecho Mercantil” es, también, decimonónica”. Porque, a su juicio, “Han reproducido el art. 2 del Código de Comercio que (...) es producto de un error o, mejor, de

una voluntad política muy concreta. Su contenido debería incluirse en la parte de obligaciones y contratos pero los codificadores querían tener un precepto que enumerara las fuentes del Derecho Mercantil e incluyeron el art. 2 que, bien entendido, no hace sino reproducir el contenido del que sería el art. 1258 CC (los contratos obligan a lo pactado, y a lo que sea conforme con los usos y la buena fe). Resulta ridículo afirmar en 2014 que las “materias” mercantiles se rigen por las normas del Código – una tautología – “en su defecto (por) los usos de comercio” (que solo existen en el ámbito de la contratación) y que la aplicación del Derecho Civil solo se produce “en defecto de reglas especiales mercantiles”, lo que es otra obviedad ya que es lo que resulta de la aplicación del principio *lex specialis derogat generalis*”.

El Anteproyecto divide el Código en siete Libros, al que precede un Título preliminar, en los que se incluye la materia regulada. Sorprende, no obstante, la provisionalidad declarada. No puede entenderse de otro modo que se nos diga que “El Código está dividido en siete Libros que se organizan cada uno de ellos por Títulos y Capítulos, de tal manera que cada Capítulo tiene una numeración independiente, lo que permite, esa es la gran ventaja de ese sistema, añadir o modificar artículos sin necesidad de alterar más que la numeración del capítulo correspondiente” (I-20). Otra llamada de atención es significativa y nada alentadora en un cierto sentido. Refiere el Anteproyecto que en relación con la materia regulada “(...) hay que llamar la atención sobre un fenómeno que se ha producido durante la elaboración del Código, que ha durado aproximadamente cinco años. Consiste ese fenómeno en que materias reguladas como parte del Código han sido objeto de regulación como leyes independientes, aunque la sustancia de

las normas incluidas en ellas había sido elaborada como parte del Código por la Comisión General de Codificación. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas sobre cuentas anuales. Pues bien, en esos casos se ha vuelto a integrar en el Código la regulación contenida en la Ley especial, respetando el texto normativo de Ley solamente con las adaptaciones necesarias para su integración en el Código de una manera coherente” (I-30).

El Anteproyecto, pese a declarar que el Código contempla el Derecho mercantil bajo una faz completamente nueva, procede luego a una ordenación de los Libros que “puede considerarse tradicional, refiriéndose a las distintas materias por este orden, sujetos de la actividad mercantil, reglas de competencia, obligaciones y contratos, valores e instrumentos de pago y, por último prescripción y caducidad”. (I-22). El contenido de cada uno de estos libros, concretamente, es el siguiente: “El Libro primero incluye la regulación de las empresas, la representación de los empresarios, los negocios sobre las empresas, la contabilidad y el Registro Mercantil” (I-23); el Libro segundo está dedicado a las sociedades mercantiles; el Libro tercero se refiere al Derecho de la competencia, tanto a la competencia desleal como a la defensa de la competencia, así como algunos preceptos referidos a las instituciones de la propiedad industrial (I-24); el Libro cuarto tiene por objeto las normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general; el Libro quinto incluye la regulación de los contratos mercantiles en particular; el Libro sexto tiene por objeto la regulación de los valores y de los instrumentos de crédito y de pago, y el Libro séptimo “incluye las normas sobre prescripción y caducidad, instituciones éstas que se regulan en ese último Libro por cuanto son normas que tienen aplicación con carácter general en toda la materia comprendida en el

Código” (I-25).

El Anteproyecto procura anticipar en la Exposición de Motivos algunas consideraciones de interés para situar estratégicamente la nueva regulación propuesta. Así sucede con el Derecho de la competencia, cuya incorporación al Código se considera una primera innovación importante impuesta por el desarrollo doctrinal: “ (...) consiste en incluir dentro del Código no sólo las materias que tradicionalmente se consideraban mercantiles durante la vigencia de los códigos de 1829 y 1885, sino que se incluye también la regulación de la competencia en el mercado, siendo así que las normas sobre defensa de la competencia y competencia desleal nacieron fuera del ámbito estricto de la legislación mercantil, pero que ahora hay que integrarla por exigencia de la nueva perspectiva en la que se basa el Derecho mercantil, como Derecho que establece las reglas de actuación en el mercado” (I-26). Otro tanto puede decirse con la delimitación subjetiva a la que ya nos hemos referido anteriormente. La dilatación es tal que el concepto de empresario se ve superado por el más amplio de operadores del mercado u operadores económicos: “Otra novedad importante consiste en que se asimilan a los empresarios, los que se denominan operadores de mercado u operadores económicos, los cuales son definidos junto a los empresarios por cuanto su actuación en el mercado o su participación en los negocios jurídicos que se producen en el mismo tienen que someterse a la regulación jurídico-mercantil, de la misma manera que se produce cuando interviene en una operación determinada un empresario” (I-27).

Sobre las normas sustantivas que presenta el nuevo Código las declaraciones de la proyectada *Exposición de Motivos* son sorprendentes y hay que tomarlas con especial

cautela. Sugiere que en algunas materias hay innovaciones y en otras no las hay, estén o no reguladas con carácter previo: “El contenido del Código no es totalmente nuevo. Se incluyen en efecto normas legales que ya estaban en vigor anteriormente y que por lo tanto representan una innovación muy limitada, consistente en su introducción en el Código, lo que exige modificaciones limitadas a efectos de coordinar la integración de esas materias con el conjunto de las normas codificadas. Así ocurre, por ejemplo, con las normas sobre contabilidad de los empresarios, el contrato de agencia o los contratos publicitarios” (I-28). “(...) Pero la mayor parte del Código incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico. En la regulación de materias nuevas cabe mencionar la referente a la empresa y operaciones sobre la misma, la representación, la competencia desleal y la defensa de la libre competencia, la inclusión de varios artículos sobre la propiedad industrial y muy especialmente los distintos tipos de contratos como los de, suministro, mediación, contrato de obra por empresa, prestación de servicios mercantiles, operaciones sobre bienes inmateriales, prestación de servicios electrónicos y contratos bancarios y de financiación (...) Y en la regulación de materias que ya eran objeto de disposiciones legales, introduce cambios de tal naturaleza que se trata realmente de una normativa nueva en su conjunto. Así puede apreciarse en la regulación de la compraventa o en los contratos de depósito, de seguro o de transporte” (I-29).

Algunas materias se regulan por primera vez o se introduce una regulación que difiere de manera importante con la regulación existente: “Así por ejemplo, todos los negocios jurídicos sobre la empresa que se incluyen en

el Libro primero y también las normas sobre la representación del empresario” (I-32). Un planteamiento innovador igualmente se esgrime en relación a las sociedades mercantiles que, según se indica, “ (...) se regulan también teniendo en cuenta la evolución legislativa reciente, constituida sobre todo por la LSC y por la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades, pero con un planteamiento innovador que respeta en la medida de lo posible los planteamientos de esa legislación, aunque tratando de superar los problemas a que esa normativa ha dado lugar” (I-33).

En otras ocasiones se ha considerado suficiente establecer unas normas básicas, remitiéndose a una regulación especial más detallada: “El Código regula de una manera absolutamente predominante el Derecho privado aplicable para los sujetos y las operaciones relacionadas con el mercado, aunque en materias concretas tales como la defensa de la competencia o las operaciones en el mercado de valores, se ha considerado suficiente incluir algunas normas básicas, remitiendo la regulación completa de esas cuestiones al ámbito legislativo en el que ya figuran, esto es, legislación de defensa de la competencia y la que tiene por objeto el mercado de valores” (I-31).

Los Libros cuarto y quinto se refieren a las obligaciones y contratos mercantiles, en general y de un modo específico. Pero parece plausible que la regulación propuesta, a nuestro juicio, decaiga ante una unificación del Derecho de obligaciones y contratos que no debería dejar al margen, o sólo reproducir aquí duplicando, las previsiones del Código civil. Se prevé ahora, en todo caso, que “En materia de obligaciones y contratos, se han separado dos Libros. El primero de ellos, que es el Libro cuarto, regula las obligaciones y contratos mercantiles en general. Se regulan solamente

las cuestiones fundamentales, siguiendo básicamente los trabajos de Unidroit y de Uncitral (I-35). Otra vez vuelve a ser el mercado elemento aglutinador, pues con “ (...) esta regulación sintetizada de las normas y obligaciones en general se asegura la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando que puedan plantearse regulaciones distintas en estas materias por razones de la normativa que rige subsidiariamente a las normas mercantiles. Esas normas básicas que se incluyen para las obligaciones y contratos mercantiles en general son fundamentales por cuanto constituyen los criterios básicos que son aplicables a los contratos mercantiles en particular. Ello hace que aun cuando esas normas coincidan con las establecidas en la legislación civil, ello no es obstáculo para que esas normas al incorporarse al Código mercantil formen parte de la legislación mercantil aplicable a todos los contratos en particular que luego son regulados” (I-36). Finalmente se prevé también el carácter predominantemente dispositivo de esta normativa: “En cualquier caso es importante considerar que la regulación contenida en materia contractual en el Código tiene como regla general una eficacia dispositiva, de manera que son normas imperativas solamente aquellas en que expresamente se imponga la imperatividad (I-37). En la regulación general se incluyen ciertas formas de contratación, y ciertas cláusulas contractuales, que “tienen su medio natural en el tráfico mercantil”²². Así, y sólo como ejemplo, la contratación electrónica, la contratación en pública subasta o la contratación automática. También las cláusulas de confidencialidad y las cláusulas de exclusividad, vinculadas a un tráfico profesional realizado en el mercado. Otras cuestiones igualmente han sido objeto de regulación, como son la contratación entre ausentes, las normas

que se refieren a la modificación e interpretación de los contratos, la extinción del contrato, la excesiva onerosidad sobrevenida, el principio de solidaridad en las obligaciones mercantiles, el valor del silencio, la aceptación tácita sobre la base de prácticas habituales entre las partes o en los usos, el envío de catálogos o folletos, la determinación del precio no fijado en el contrato por referencia al precio del mercado, disposiciones relativas al incumplimiento del contrato (operación de reemplazo), la mora mercantil, la cesión de créditos mercantiles o algunas previsiones añadidas sobre las condiciones generales de la contratación. La inclusión de estas previsiones sobre condiciones generales ha sido objeto de crítica. A juicio de VERGEZ²³, no obstante, “(...) la presencia de las condiciones generales de la contratación no podía faltar en el Código mercantil cuyo ámbito de aplicación constituye el medio en el que esta forma de contratar con condiciones generales surge y tiene lugar”.

No muy claro nos parece, del mismo modo, cuál sea el criterio por el que se opta por la regulación de determinados contratos y no de otros. Se indica, en este sentido, que “En los contratos en particular se regulan los que podríamos considerar tipos contractuales básicos, incluyéndose entre ellos muchos contratos que carecían de una regulación legal, entre los que pueden citarse los contratos financieros. También se incluyen contratos como los de prestación de servicios informáticos, por tratarse de operaciones que han aparecido en los últimos tiempos y que tienen gran importancia por el auge imparable de la informática” (I-38).

Muy crítico se muestra ALFARO. Y quizás no le falte algo de razón en este extremo. En materia de contratos considera “(...) una temeridad modificar su regulación mercantil sin

coordinarla con una eventual modificación del Código Civil, sobre todo cuando llevamos cien años sin aplicar prácticamente las normas de la parte general de obligaciones y contratos del Código de Comercio”. Sostiene que “No hay, en realidad, ninguna necesidad de regular de forma diferente un contrato por el hecho de que las partes sean empresarios, empresarios y consumidores o particulares que los celebren entre sí. Y si la hay, las normas correspondientes han configurado un nuevo sector al que denominan Derecho de Protección de los Consumidores. La profesionalización de las actividades correspondientes ha conducido a que desaparezcan del Código civil las regulaciones correspondientes – contrato de seguro – o a que nunca se regularan en él – transporte – o, en fin, a que la regulación civil careciera de cualquier relevancia práctica fuera de su valor interpretativo. En fin, toda la parte relativa a la empresa es innecesaria y, seguramente, su regulación, contraproducente”²⁴.

No obstante, como afirma BERCOVITZ, otra vez está presente la necesaria unidad de mercado. Explica, refiriéndose a la propuesta, que la regulación contenida en este Libro tiene su antecedente en el Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Boletín nº2006, páginas 203 y ss.): “ Ese Anteproyecto fue criticado por considerar que sus normas pertenecen realmente al Derecho común y que, por lo tanto, no tendrían por qué estar incluidas en un texto legal de Derecho mercantil, al ser aplicable el Derecho civil como Derecho supletorio a las relaciones privadas mercantiles. Ocurre, sin embargo, que el problema surge (...) porque si esas normas se establecen solo como parte del Código civil

puede que no rijan en todo el territorio del Estado, en la medida en que alguna Comunidad Autónoma podría incorporar normas distintas con la consiguiente pérdida de unidad del Derecho aplicable a las relaciones que se establecen en el mercado”²⁵. Por el resto, y no deja de ser muy llamativo, “El hecho de que una parte importante de los artículos incluidos en este Libro coincidan con disposiciones que han sido preparadas para la reforma del Código civil (en la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», Ministerio de Justicia, 2009) no puede extrañar, puesto que tanto las normas redactadas por los civilistas como las incluidas en la Propuesta de Código mercantil tienen un mismo origen en los Principios UNIDROIT del año 2010. Además, no debe olvidarse que esos Principios son «sobre los contratos comerciales internacionales», como figura en el título de la obra”²⁶. La inclusión del Libro IV, para VERGEZ²⁷, no supone desconocer que la dogmática del Derecho privado corresponde en sus fundamentos al Derecho civil. No obstante, advierte, que con la regulación propuesta no se pretende sustituir la regulación propia del Código civil y ni siquiera ofrecer una alternativa o un modelo distinto: “Sencillamente, se ha tratado de regular, bajo el principio general de la disponibilidad de sus normas (...) aquellos aspectos dentro del Derecho de obligaciones y contratos en general que tienen especial relevancia o, al menos, una incidencia muy clara en el ámbito de aplicación del Código mercantil, lo que no quiere decir (...) que no puedan coincidir con otras normas del ámbito civil”.

Otra reflexión de interés, en esta materia de obligaciones y contratos, es la que realiza VERGEZ. Porque “Bien es cierto también – y conviene no olvidarlo– que esta unificación se ha realizado a base de lo que se llama-

do la «comercialización del Derecho civil» que supone que aquellas normas que ha ido exigiendo el tráfico mercantil organizado y profesionalizado, realizado en torno al mercado de bienes y servicios, se extiende también al ámbito de las relaciones patrimoniales de los particulares”. Esta idea, junto a la necesidad de garantizar la unidad de mercado, le permite sugerir que “No es justo, por tanto, afirmar – como en ocasiones se ha hecho– que con la «Propuesta de Código mercantil» se trata realmente de contrarrestar el «expansionismo» de las Comunidades Autónomas mediante el «pretexto» de convertir en materia mercantil lo que no es sino materia civil; y tampoco es justo afirmar que con esa «propuesta» se intenta confinar a un espacio muy reducido el Derecho contractual utilizando para ello un concepto «sui generis» de la «mercantilidad» superando los criterios subjetivos y objetivos tradicionales”²⁸.

De igual interés, aunque muy crítico, son igualmente las reflexiones de GONDRA. No encuentra justificación dogmática alguna a la construcción de una parte general de obligaciones y contratos mercantiles, sin que sea suficiente la preocupación por cerrar el paso a las posibles interferencias legislativas de las Comunidades Autónomas. Sostiene que “Construir, en paralelo con la Parte general del Derecho de obligaciones y contratos contenida en el Código civil que, en cuanto Teoría general y Derecho común, sirve para todos los Derechos especiales, una Parte general «especial» de obligaciones y contratos mercantiles, carece a mi juicio de toda lógica. En ese plano general de la ordenación no hay exigencias de tratamiento normativo diferente que la demanden”. Tampoco tiene sentido, a su juicio, la alternativa de duplicar la misma Teoría general civil en el Código mercantil: “Todos sabemos que las duplicidades en textos legales, cuando

se quiere decir lo mismo pero con palabras no del todo iguales, no sirven más que para alimantar litigios. Desde luego, no para dar mayor seguridad jurídica al tráfico”²⁹.

Respecto a los Títulos valores el Libro sexto se ocupa de su regulación “y aporta como novedad la inclusión de normas generales sobre los valores, así como la regulación de las tarjetas de crédito, y por supuesto se incluye la regulación sustantiva que ya regía en la Ley Cambiaria y del Cheque” (I- 39)³⁰. El Libro séptimo, para finalizar, “regula la prescripción y la caducidad, como instituciones aplicables en toda la materia jurídico-mercantil, pero incluyendo modificaciones en puntos importantes” (I-40).

Entre los detractores del Anteproyecto, como ya hemos señalado, se sitúa principalmente ALFARO³¹. Hay muy buenas razones, a su juicio, para oponerse a la promulgación de un Código Mercantil. Las ha expresado con carácter general. Son las siguientes: “(...) El siglo XXI no es el siglo de la Codificación. Codificar el Derecho Privado tiene sentido cuando el Estado es nuevo o cuando se ha producido una revolución económica, es decir, cuando hay un cambio de régimen político y económico que altera fundamentalmente el sistema económico y a sus instituciones básicas (propiedad y contratos). España es una economía de mercado desde hace mucho tiempo y nada ha cambiado en los últimos años que justifique la invocación de Napoleón (...) Las nuevas tecnologías han reducido notablemente los costes de la dispersión normativa – que justificaría las codificaciones a la francesa de los últimos años –. La mayor capacitación técnica de los jueces y abogados y la mejora de los estudios de Derecho permiten reducir las antinomias y las lagunas a niveles aceptables sin necesidad de una codifica-

ción (...) No se puede hacer un Código Mercantil de nueva planta sin la previa promulgación de un Código Civil. Actualmente, los principios del Código Civil y los del Código de Comercio son coherentes entre sí porque se promulgaron en fechas muy próximas. Como decía un preclaro civilista, el Código de Comercio está “en los huesos” mientras que el Código Civil está “pimpante”. Su contenido – el del Código de Comercio – ha quedado casi completamente trasvasado a leyes especiales y todas las materias típicamente mercantiles disponen de una regulación moderna y más o menos acertada. Regular *ex novo* los contratos mercantiles sin modernizar, previamente, la regulación de los contratos correspondientes civiles que están (o no) en el Código Civil es una temeridad que impondrá costes a los operadores al aplicar las reglas (...) No hay ningún estudio que conozcamos que explique los costes de mantener en vigor el Código de Comercio de 1885. No se ha apreciado que no disponer de una regulación del leasing, del factoring, de las tarjetas de crédito o de la franquicia haya causado costes apreciables a la Economía española. La jurisprudencia y la doctrina han suplido la falta de regulación y, dada la escasísima calidad de la producción legislativa española en materia de Derecho Privado (...) no se ve por qué no es preferible continuar desarrollando estos contratos a través de la jurisprudencia (...) No hay trabajos previos de envergadura que justifiquen el contenido del Código. La Comisión de Codificación se ha limitado a distribuir el trabajo entre profesores de Derecho Mercantil a los que ha instruido para que incorporen el mínimo de novedades posible, lo cual es de alabar, pero habla en contra de la necesidad de la Codificación (...) Las novedades del Código se ven aún más reducidas por la enorme influencia de la legislación europea (...) Nadie ha valorado

el coste económico de la promulgación de un nuevo Código. No nos referimos a las miles de horas de trabajo de los que han contribuido a su redacción. Nos referimos al coste que impone a la Sociedad en términos de aprender las nuevas reglas, averiguando previamente si hay o no novedades en cualquier materia; el coste de revisar toda la jurisprudencia recaída para comprobar si “sigue en vigor” a la luz del nuevo Código; reenumerar y modificar todas las publicaciones jurídicas; obligar a todas las sociedades mercantiles a revisar sus estatutos para adaptarse al nuevo Código etc y, sobre todo, los costes no explícitos que derivan de la posibilidad de que muchas de las novedades constituyan equivocaciones (...) En fin, un texto que tiene más de 1700 artículos (a ojo, porque el peculiar sistema de numeración hace difícil calcular el número) no puede tramitarse como una ley ordinaria (...) El Gobierno debería haber aprobado una Ley de Bases”.

Realmente los costes de la reforma, que también han sido expuestos por RODRIGO TENA, causan un recelo que no hay que menospreciar. Porque cualquier modificación legislativa implica necesariamente incrementar los costes de información y ejecución del Derecho. Es el caso, como señala, de muchas interpretaciones doctrinales consolidadas y la propia jurisprudencia: ciertos criterios jurisprudenciales deberán ser sustituidos por otros nuevos originando un período de incertidumbre en el que los costes de transacción aumentan. Pero el problema, a su juicio, es mucho más profundo. Su mayor preocupación es, en este sentido, que la realidad social y económica a regular no está preparada para una reforma de tal envergadura (ni la Universidad, ni la judicatura, ni los organismos reguladores, ni el legislador, ni el propio mercado que no responde a una fase avanzada del capitalismo, etc.): “Sin unos odres nuevos, sin una reorga-

nización política que elimine poderes no legitimados y que aclare y coordine adecuadamente los que sí lo están, que fortalezca la independencia y, por eso mismo, la autoridad de nuestras instituciones de control, y que busque recuperar el prestigio perdido de nuestra ciencia jurídica, no es posible crear un marco de regulación mínimamente lógico, estable, eficiente, como al que aspira una codificación digna de ese nombre. Sencillamente, porque la realidad social no está preparada para aprovecharse de ello”. Pero lo que no tiene claro, no obstante, es la conveniencia o justificación de una codificación: “(...) en un mundo en el que reina la autorregulación, disciplinado por los intereses materiales de un mercado en constante evolución más que por una legislación ad hoc”³².

Parte de estas críticas han sido igualmente sostenidas por GONDRA, para quien hay que plantearse si es el Derecho mercantil un material jurídico apto para la codificación. Que el Código sea un instrumento técnico legislativo adecuado a esta rama del Derecho, a su juicio, es discutible. Las razones son de naturaleza distinta: el acelerado cambio de la materia regulada y el inevitable retraso en la apreciación de la relevancia jurídica del cambio (frente a la idea de perennidad de la ordenación contenida en los códigos); el espíritu de nuestro tiempo no parece favorable tampoco a la idea codificadora, hasta el punto de que “Oponerse al proceso inflacionario que experimenta la Ley en las sociedades complejas y abiertas de nuestro tiempo parece hoy día un objetivo imposible”; y, finalmente, la pretensión de una sistematización racional profunda es algo mucho más complejo que reunir el material jurídico disperso en un cuerpo legal unitario con un orden sistemático elemental (para esto último, esto es “Para facilitar simplemente el acceso al conocimiento del Derecho vi-

gente hoy día contamos con medios –la informática- que, con el desarrollo de una arborescencia electrónica de textos, permiten una suerte de codificación virtual permanentemente actualizada”). La sistematización profunda, en el sentido de una codificación racionalista, está enormemente dificultada por la acelerada movilidad histórica de la materia regulada. Y también por otra razón fundamental: “Hay una razón de mayor peso (...) para pensar que no es posible una sistematización en el Derecho mercantil como la realizada en el civil. En éste el esfuerzo sistematizador dio como resultado un acervo de normas en las que se condensó eso que llamamos Teoría general del Derecho, que desde entonces tiene su sede en los códigos civiles y de la que (...) sacan provecho todos los Derechos especiales, también el mercantil que es el especial por antonomasia, por lo que –en palabras, una vez más, de GIRÓN TENA con las que concluía su Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia- que se «se precise un sistema de igual altura de generalidad que el Civil es dudoso y posiblemente pueda pensarse que, con grandes leyes, que tengan conciencia de su recíproca concordancia y de su relación con el Derecho Civil, se podía tender simultáneamente a la finalidad básica de la seguridad jurídica y a la permanencia de la concordancia de la legislación con el proceso evolutivo de la estructura social, más rápido sin duda, en el campo correspondiente al Derecho Mercantil»³³.

ALFARO opta, en su caso, por una opción diametralmente opuesta a la ofrecida por el Anteproyecto de Código Mercantil. También, claro está, a la expresada por GONDRA. Precisa que “No es tiempo de dividir (el Derecho Mercantil respecto del Derecho Civil), sino de unificar o, mejor, “civilizar” el Derecho Mercantil”³⁴. Permítasenos, en todo caso, que com-

partiendo algunas de sus reflexiones seamos críticos con otras. Y es que este planteamiento, en última instancia, pudiese pecar de la misma naturaleza que critica. No se puede entender de otro modo si, como refiere, estamos ante “(...) parte de la doctrina-científica moderna más autorizada que concibe el Derecho Mercantil, simplemente, como “*algunas variaciones sobre algunos temas de Derecho Civil*” (Canaris). Como dijera Aurelio Menéndez, no hay unidad de sistema en el Derecho Mercantil. Si acaso, hay un levísimo “sistema de unidades”, es decir, unas pocas instituciones que, cual sociedad holding, resultan generalizables a los conjuntos normativos que se estudian en nuestras Facultades en la asignatura Derecho Mercantil”.

Para nosotros, en cambio, hablar de la *civilización* del Derecho mercantil resulta cuando menos discutible³⁵. Al menos así lo creemos si tal afirmación se produce en términos absolutos. Y no parece que sea un camino idóneo. Fundamentalmente, y valga como ejemplo, porque calificar al Derecho de la competencia, al Derecho de marcas, al Derecho de patentes, al Derecho de los títulos valores, a las sociedades mercantiles, o a determinados contratos, como simples variaciones de algunos temas de Derecho Civil podría incurrir en el mismo anacronismo que se denuncia. También lo es pretender prescindir del mercado como elemento determinante de los perfiles del Derecho privado actual, aunque sea una pretensión legítima, y todavía necesaria, que este último sea un sistema con principios y valoraciones homogéneas. Esto no significa que al extenderse la mercantilidad prácticamente a la totalidad de la actividad económica se convierta al Derecho civil en una referencia conceptual y terminológica de vigencia meramente intelectual³⁶. A nuestro

juicio sería una visión demasiado pesimista de la significación del Derecho civil ante una eventual codificación mercantil: porque, ¿acaso no seguiría siendo el Derecho civil el Derecho de las personas (naturales y jurídicas), el Derecho de familia, el Derecho de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, con los diferentes modos de adquirir la propiedad, el Derecho de sucesiones, o el Derecho de las obligaciones y contratos en muchos aspectos,

generales y particulares? ¿Alguien discutiría el papel principal que seguiría desarrollando como teoría general del Derecho o, en particular, en cuanto a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas? A cada uno lo suyo, por tanto: y en coherencia dogmática. No conviene olvidar, como indica BERCOVITZ, que “Las normas mercantiles no pierden ese carácter mercantil por el hecho de que se generalicen”³⁷.

NOTAS

¹ «La autonomía del Derecho Mercantil. La constitución y el Derecho Mercantil. Ensayo de un concepto del Derecho Mercantil» en *Derecho Mercantil*, Coordinado por JIMENEZ SANCHEZ/DIAZ MORENO, Madrid, 2013, Vol.1º, p. 72.

² «El Derecho mercantil en el marco del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1986, Tomo I, p. 227.

³ «La autonomía del Derecho Mercantil. La constitución y el Derecho Mercantil. Ensayo de un concepto del Derecho Mercantil» en *Derecho Mercantil*, *op.cit* p. 72.

⁴ OLIVENCIA, «De nuevo la lección primera sobre el concepto de la asignatura», Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla, *La Toga*, Colegio de Abogados de Sevilla noviembre de 1999, p. 4.

⁵ El Derecho Mercantil y el proceso de unificación del Derecho Privado», *RDM*, 291, Enero –Marzo 2014, pp. 127 y ss.

⁶ Así lo sostiene también GARCÍA RUBIO, para quien “ (...) en el momento actual más que un verdadero Código mercantil probablemente sería mucho más práctica la elaboración progresiva de varias leyes especiales sobre las distintas materias mercantiles necesitadas de actualización y modernización. Tales podrían ser en principio: una Ley de Sociedades de técnica similar a la ya existente LSC (no creo que sea mejor llamarla Código, puesto que se modifica continuamente); una Ley o Código (si se quiere) de la propiedad industrial, así como leyes o códigos de Derecho cambiario, marítimo, transportes, y de contratos mercantiles, pero mercantiles de verdad, salvo que se optase por la unificación total de las obligaciones y contratos en un cuerpo legal único, cosa que no se debería descartar. En todos los casos estaríamos ante textos legales sectoriales, leyes o códigos de los llamados de *consolidación* (doctrina italiana) o de *derecho constante* (doctrina francesa), técnica legislativa que otorga cierta estabilidad al continuo furor legislativo incontrolado, pero que no supone la creación *ex novo* propiamente dicha o, como mucho, en la que esa labor creativa es mínima, pues lo que se pretende es, sobre todo, ordenar y clarificar las normas sobre un sector concreto del ordenamiento, aunque indudablemente de esas funciones derive también cierta dosis de renovación y reforma”. *Vid.* «La mercantilización del Derecho civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos», *Academia Sevillana del Notariado*, Acto de apertura del curso académico 2014/2015, Sevilla, 2015, pp. 213.

⁷ Adviértase, como señala BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, que “En realidad, la tarea de preparación del Código mercantil se inició realmente antes de que se diera el encargo de elaborar el Código en la Orden mencionada de 7 de noviembre de 2006. Así, en la documentación de la Sección se encuentra ya con fecha 11 de febrero de 2003 una memoria sobre la codificación mercantil; el 4 de marzo de aquél mismo año 2003 se presentó un documento relacionado con el tema de la codificación, cuyo título era «La política legislativa en materia de régimen jurídico de las obligaciones y contratos mercantiles»; y el 15 de febrero de 2005 se presentó un «Borrador de propuesta para la elaboración de un nuevo Código mercantil». Por consiguiente, la iniciativa de elaborar un nuevo Código mercantil había sido discutida y acordada en la propia Sección bastante tiempo antes de que se hiciera efectivo el encargo realizado por la Orden de 2006. *Vid.* «La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación», *RDM* 289, Julio-Septiembre 2013, p.36.

⁸ El doble fundamento del Código se sitúa en la unidad de mercado y la seguridad del tráfico. Así lo reafirma el propio BERCOVITZ, al expresar que junto al factor decisivo de la necesidad de preservar la unidad de mercado, “está también la conveniencia de superar la dispersión de las normas jurídico- mercantiles. La inclusión de esas normas en un Cuerpo legal unitario da seguridad jurídica al tráfico económico”. Así en «La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación», *op.cit.* p. 36.

⁹ ALFARO AGUILA-REAL, «Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil», *Blog Derecho Mercantil, Almacén de Derecho*, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>.

¹⁰ «El Derecho Mercantil y el proceso de unificación del Derecho Privado», *op.cit.* p.135.

¹¹ «La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado», *RDM*, 290, Octubre-Diciembre 2013, pp. 31.

¹² ALFARO AGUILA-REAL, «Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil», *op.cit.*

¹³ «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “propuesta de Código Mercantil», *op.cit.* p. 15. Esta “mercantilidad” en la realidad económica actual, como indica VERGEZ, es comúnmente admitida y parte de que el Derecho mercantil “(...) tiene su razón de ser en la regulación de un tráfico en el que los sujetos que participen desarrollan una actividad económica organizada en el mercado de bienes y servicios”.

¹⁴ «La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado», *RDM*, 290, Octubre - Diciembre 2013, pp. 48.

¹⁵ *Vid.* OLIVENCIA, «El título preliminar de la propuesta de código mercantil», *RDM* 290, Octubre-Diciembre 2013, p.19.

¹⁶ Como advierte ROJO “ (...) la terminología no es inocente: El proyectado «Código mercantil» se denomina así, y no Código de comercio, porque aspira a regular la actividad de todos aquellos que operan en el mercado, y no sólo la actividad de los empresarios, en sentido técnico-jurídico”. *Vid.* «El Derecho Mercantil y el proceso de unificación del Derecho Privado», *op.cit.* 2014, p.136.

¹⁷ Para JIMENEZ SANCHEZ se imponía el rechazo de, sobre la base la teoría de la empresa, identificar el Derecho mercantil con el Derecho de empresa: ni “el Derecho mercantil es un Derecho «de la empresa», ni, desde luego, toda la normativa aplicable a la empresa tiene naturaleza mercantil”. Sostenía, además, que la utilización de la empresa como criterio delimitador sólo podría realizarse sobre aquéllas que tuviesen carácter mercantil, ya que a las que no lo sean les es ajena la ordenación establecida por este Derecho. Por esta razón, y si no se establecen criterios claros de distinción entre estas empresas, la teoría de la empresa no será sino “una simplificación manifiestamente incorrecta que pretende conectar el área de objeto de atención de los preceptos mercantiles con el sector de la realidad social acotado en torno a las instituciones económicas empresariales”. Concluía, así, que el Derecho mercantil será “la rama del Derecho patrimonial privado que regula el estatuto profesional de los titulares de las instituciones de producción económica características del sistema capitalista, esto es, los empresarios mercantiles, así como el tráfico que éstos realizan para colocar en el mercado los bienes y servicios producidos”. *Vid.* «Aproximación al tema del concepto del Derecho mercantil, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, p. 348.

¹⁸ ALFARO AGUILA-REAL parece sugerir que el estatuto del empresario no es hoy prácticamente elemento vertebrador con la importancia suficiente para justificar un Código Mercantil: “El estatuto del empresario se limita – y con muchas restricciones, valga la redundancia – a la obligación de llevanza de contabilidad y a la obligatoriedad/posibilidad de inscripción en el Registro Mercantil. Para todo lo demás, hay regulación especial (empresarios bancarios, empresarios de seguro, empresarios eléctricos, empresarios que fabrican armas y empresarios que fabrican o venden medicamentos). Nada une a todos los empresarios – y mucho menos a todos los “operadores del mercado” – que no sean esas dos obligaciones. En materia de “representación mercantil”, nuevamente, los principios del Código de Comercio se han aplicado más, precisamente porque recogen muy bien casos de responsabilidad por apariencia (factor notorio). *Vid.* «Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil», *op.cit.*

¹⁹ «El Derecho Mercantil y el proceso de unificación del Derecho Privado», *op.cit.* 2014, pp.134 y 135. Señala como ejemplo más significativo el de la Ley del Contrato de Seguro, de 1980, que elimina la dualidad de régimen jurídico del seguro civil y del seguro mercantil, con derogación de artículos del Código civil y del Código de comercio.

²⁰ «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “propuesta de Código Mercantil», *op.cit.* p. 15.

²¹ ALFARO AGUILA-REAL, «Una concepción anticuada del Derecho Mercantil: la materia mercantil en el siglo XXI», *Blog Derecho Mercantil, Almacén de Derecho*, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>.

²² VERGEZ, «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “propuesta de Código Mercantil», *op.cit.* p. 16.

²³ «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “propuesta de Código Mercantil», *op.cit.* p. 19.

²⁴ ALFARO AGUILA-REAL, «Una concepción anticuada del Derecho Mercantil: la materia mercantil en el siglo XXI», *op.cit.*

²⁵ Aclara VERGEZ que “(...) mientras que para la legislación mercantil la competencia exclusiva corresponde al Estado, en materia de obligaciones y contratos civiles el Estado tiene competencia legislativa tan sólo sobre las bases de las obligaciones contractuales”. *Vid.* «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “propuesta de Código Mercantil», *RDM*, Abril-junio 2014, pp. 13.

²⁶ «La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación», *op.cit.* p.40. Añade VERGEZ la influencia que ha tenido también la Convención de las Naciones Unidas sobre contrato de compraventa de mercaderías y los trabajos de la Comisión Lando sobre Derecho Europeo de los contratos. *Vid.* «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “propuesta de Código Mercantil», *op.cit.* p. 16. Una mención diferenciada convendría realizar al tema de la unificación del Derecho europeo de los contratos privados, sean civiles o mercantiles. Las dificultades técnicas son evidentes y se agravan para el caso español precisamente por las implicaciones constitucionales descritas en cuanto a la delimitación de competencias. *Vid.* «ILLESCAS, R., La unificación europea del derecho contractual europeo entre la realidad y el deseo», en *DN*, núm. 201, 2007. Más ampliamente, sobre el tema, *vid.* CAMARA, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003. También BERCOVITZ, «Un paseo de medio siglo con el Derecho mercantil», en *DN*, núm. 211, 2008, pp. 10-11.

²⁷ *Vid.* «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “propuesta de Código Mercantil», *op.cit.* pp.16 y 17. Es importante en esta materia el trabajo de ALBIEZ DOHRMANN, «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la Europeización del derecho privado», *RDP*, 2002, nº 86, Número 3 pp. 187-206.

²⁸ «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “propuesta de Código Mercantil», *op.cit.* p.14.

²⁹ «La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado», *RDM*, 290, Octubre-Diciembre 2013, pp. 40 y 41.

³⁰ Para ALFARO AGUILA-REAL, “Los títulos-valor carecen de regulación civil, como ha ocurrido con el Derecho Concurral por lo que la adscripción al Derecho Mercantil carece de sentido”. *Vid.* “Una concepción anticuada del Derecho Mercantil: la materia mercantil en el siglo XXI”, *op.cit.* Puede verse igualmente, sobre esta cuestión, PÉREZ MILLÁN, «Codificación y descodificación de los títulos valores», *RDM*, Julio- Septiembre 2013, pp. 43 a 71.

³¹ ALFARO AGUILA-REAL, «Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil», *op.cit.*

³² «Un código nuevo en odres viejos», *op.cit.* pp. 69-82.

³³ *Vid.* «La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado», *RDM*, 290, Octubre-Diciembre 2013, pp. 50 y 51.

³⁴ Añade ALFARO que “El daño que ha hecho a la salud y a la calidad de nuestro Derecho Privado la ignorancia de los mercantilistas de las instituciones del Derecho Civil y la de los civilistas respecto de las propias del Derecho de Sociedades, títulos-valor o propiedad industrial o competencia desleal o Defensa de la Competencia ha sido notable. Perseverar en el error es diabólico (...) El Derecho Privado es un sistema con principios y valoraciones homogéneas y el carácter de empresario de una de las partes de un contrato no determina en absoluto (sólo marginalmente) la bondad o necesidad de una u otra regulación de las relaciones entre particulares. El Derecho de Sociedades debe concebirse como el Derecho de las organizaciones privadas y el carácter mercantil o civil es irrelevante”. *Vid.* “Una concepción anticuada del Derecho Mercantil: la materia mercantil en el siglo XXI”, *op.cit.*

³⁵ También lo es hablar de “Mercantilización del Derecho civil”. Aunque hay quien lo hace para denunciar, quizá no sin razón, la mercantilización que supone el Anteproyecto en relación a la materia de obligaciones y contratos. *Vid.* GARCÍA

RUBIO, «La mercantilización del Derecho civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos», *op.cit.* pp. 185 y ss.

³⁶ Sostiene RODRIGO TENA que en el nuevo Código “(...) la mercantilidad se extiende así a casi toda la actividad económica, convirtiendo al Derecho civil (...) en referencia conceptual y terminológica de vigencia meramente intelectual”. *Vid.* «Un Código nuevo en odres viejos», *RDM*, 290, Octubre –Diciembre 2013, p. 77.

³⁷ Para quien, además, “Este punto es fundamental, puesto que la competencia exclusiva del Estado se refiere a las normas mercantiles”. *Vid.* «La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación», *op.cit.* p.36.