

# Sociedad líquida y codificación

**MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO**

Catedrática de Derecho civil

Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

## RESUMEN

*En los tiempos actuales de la «segunda modernidad» (Beck) o la «modernidad líquida» (Bauman), caracterizada por la falta de referentes sólidos y la instantaneidad de los problemas y los resultados, la autora se pregunta si estamos ante momentos propicios para la codificación, como idea y como técnica jurídica.*

*Centrada básicamente en la materia de obligaciones y contratos, analiza la situación de la actual «codificación» «neocodificación» o «recodificación», tanto en el ámbito trasnacional, singularmente en el seno de la Unión Europea, como en los Estados de nuestro entorno que la han acometido; se centra a continuación en la situación en España, donde la coexistencia de tres trabajos prelegislativos, respectivamente referidos a la modernización del Libro IV del Código civil español, la redacción de un nuevo Código mercantil y la elaboración del Libro VI del CCCat, nos convierten en un caso verdaderamente singular en el concierto comparado. En todos los referentes enunciados estudia también la ubicación y el encaje del Derecho de consumo.*

*El análisis realizado lleva a la autora a considerar que la idea de código sigue siendo útil para la existencia de un sistema de Derecho privado acorde con las necesidades de nuestro tiempo; niega por ello que se trate de una «categoría zombi» en el sentido resaltado por Beck (una idea muerta, pero todavía viva) y considera que la elaboración de un Código de Obligaciones y Contratos (incluido o no en el Código civil), donde se incluyan las bases de las obligaciones contractuales de todo el Derecho privado y no solo del civil, es un anclaje sólido al que no se debe renunciar si queremos que nuestro ordenamiento esté en condiciones de competir con los que nos rodean.*

## PALABRAS CLAVE

*Segunda modernidad, modernidad líquida, globalización, codificación, legislación inteligente, código fuerte, código-consolidation, código de dere-*

*cho constante, código de consumo, código civil, código mercantil, categoría zombi.*

### ABSTRACT

*In current times, those of the «second modernity» (Beck) or «liquid modernity» (Bauman), defined by the lack of solid references and the instantaneity of both problems and results, the author asks whether we are at the right time to the codification, both as an idea, and as a legal technique.*

*Mainly focused in Obligations and Contracts, she analyses the situation of the current «codification», («neocodification» or «recodification») both from an inter-European perspective, and from the perspective of individual States of the area that have undertaken it. She then focuses on the Spanish situation, in which the coexistence of three legislative pieces of work, referring to the modernisation of Book IV of the Spanish Civil Code, the drafting of a new Commercial Code, and the making of the new book of the CCCat, makes for a very peculiar situation within the Comparative Law. She also studies the relation and role of these three works within the Consumer's Law.*

*The author believes that the concept of «code» is still of value for a Private Law system, in line with the needs of our times; she denies the label of «zombie category» as Beck would define it (a dead idea, but still alive). She considers that the drafting of an Obligations and Contracts Code (whether within the Civil Code or not), including the bases for the contractual obligations of Private Law, is a solid foundation that should not be disregarded if we want our jurisdiction to be at par with those that surround us.*

### KEY WORDS

*Second modernity, liquid modernity, globalization, codification, smart legislation, strong code, consolidation-code, constant law-code, consumer code, civil code, commercial code, zombie category.*

SUMARIO: I. *Introducción: sociedad líquida y Derecho líquido.*—II. *Los textos (¿códigos?) de referencia en el ámbito internacional, transnacional o supranacional.*—III. *Los códigos estatales de los últimos años.*—IV. *El encaje del Derecho contractual de consumo en los distintos modelos codificados.*—V. *La situación codificadora en España.* 1. El reciente pasado. 2. Perspectivas de futuro y reflexión final.

## I. INTRODUCCIÓN: SOCIEDAD LÍQUIDA Y DERECHO LÍQUIDO

Si comienzo haciendo referencia a la situación social y económica en la que vivimos pocos discreparán de que son tiempos convulsos, tiempos difíciles, tiempos inseguros, tiempos de la «exas-

peración de la incerteza». Son tiempos de crisis económica, de crisis existencial, de pérdida de los referentes ideológicos, de menoscabo de las señas de identidad cultural y política sobre la que llevábamos ya tiempo asentados. Las ideas e instituciones que nos han servido durante siglos, como las de Estado-nación, soberanía territorial, democracia universal y representativa o Estado social, por ejemplo, se desmoronan irremediablemente, sin que todavía hayamos acertado a diseñar otras que puedan ser consideradas equivalentes. Cada vez más la toma de las grandes decisiones depende de agentes que no están identificados y que nos parecen muy lejanos, los problemas se aceleran y multiplican, las respuestas se exigen rápidas, contingentes, continuadas, inmediatas, y las que en otro tiempo servían se nos muestran hoy inútiles.

Son los tiempos no ya modernos, sino postmodernos para unos, de la segunda modernidad para otros<sup>1</sup>, los tiempos de «la modernidad líquida», en feliz expresión acuñada por el sociólogo y filósofo polaco Zygmunt Bauman quien, utilizando un símil fácilmente perceptible, compara la situación de nuestros días con el estado líquido de la materia; nos recuerda que «Los sólidos conservan su forma y persisten en el tiempo: duran, mientras que los líquidos son informes y se transforman constantemente: fluyen. Como la desregulación, la flexibilización o la liberación e los mercados», añadiendo que «La fluidez o la liquidez son metáforas adecuadas para aprehender la naturaleza de la fase actual –en muchos sentidos nueva– de la historia de la modernidad»<sup>2</sup>. Pone en acento en varios puntos

---

<sup>1</sup> El concepto de «segunda modernidad» fue acuñado por el ya desaparecido sociólogo alemán Ulrich Beck, teórico de la globalización; el autor citado reivindica la paternidad de la expresión «segunda modernidad», precisamente en su libro titulado *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo Respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1997, edición de bolsillo 2008, que es la que he utilizado, pp. 30-31. Resulta tarea estéril la de intentar sintetizar aquí todo lo que Beck asocia con la «segunda modernidad»; llamaré solo la atención sobre algunos puntos de interés para el tema que nos ocupará en las páginas siguientes; así, la visión de la sociedad de la primera modernidad la ha descrito A. D. Smith como «nacionalismo metodológico»: la sociedad y el Estado son pensados, organizados y vividos de manera coincidente, de suerte que el Estado nacional se convierte en contenedor de la sociedad; en la segunda modernidad esta arquitectura del pensamiento, de la sociedad y de la vida, se viene abajo y en su lugar se alza la «sociedad civil global» en sus dimensiones de globalización económica, política, ecológica, cultural y biográfica; sociedad mundial significa que surgen oportunidades de poder, espacios de los social en el quehacer, la vida y la experiencia que destripan y ponen patas arriba la ortodoxia de la política y la sociedad (BECK, 2008, pp. 133 ss.); el autor también nos advierte de que «La unidad del Estado, sociedad e individuo que presupone la primera modernidad se diluye aquí. Sociedad mundial no significa una sociedad de economía mundial, sino una sociedad no estatal, es decir, un conglomerado social para el cual las garantías de orden territorial estatal, pero también las reglas de la política públicamente legitimada, pierden su carácter obligatorio. Ausencia de Estado (a-estatalidad) significa que se da una situación de competencia entre los Estados» (BECK, 2008, p. 197).

<sup>2</sup> BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 8.

que constatan la licuefacción de la sociedad contemporánea. Por lo que en esta sede nos interesa, resalta cómo el Estado ya no preside la reproducción del orden sistémico, habiendo dejado ahora esta función en manos de las fuerzas del mercado, que, al estar desreguladas, ya no se hacen políticamente responsables de sus actos, el eje de gravedad del proceso de construcción del orden se desplaza, alejándose de las actividades de legislación, generalización, clasificación y categorización. Durante toda la etapa sólida de la era moderna el «suelo» y el sedentarismo que representaba el Estado-nación constituía la base del nuevo orden legislado, que codificaba los derechos y deberes de los ciudadanos; por el contrario, en la etapa fluida de la modernidad la mayoría sedentaria es gobernada por una élite nómada y extraterritorial<sup>3</sup>.

Fácilmente se compartirá que la fusión, paso del estado sólido al estado líquido, alcanza también, por supuesto, al Derecho, que durante mucho tiempo se ha visto como un conjunto de normas que, al menos como aspiración, pretende la racionalidad y la coherencia y cuya eficacia está salvaguardada por el poder coactivo del Estado<sup>4</sup>. Por el contrario, el Derecho de la modernidad presente es cada vez menos sólido, menos técnico, menos científico, menos autónomo, menos garantista, menos identificable, menos seguro; en nuestro tiempo el Derecho se convierte en algo fluido, líquido, amorfo, que se adapta a las circunstancias y que ya no es freno y garantía de nada<sup>5</sup>, sino vehículo de intereses contingentes que fluyen de forma constante y mutan y se adaptan de manera imprevisible.

En esta tesitura son muchos quienes opinan que no es tiempo de codificar<sup>6</sup>. Un Código es un signo de identidad de la modernidad sólida, del Derecho sólido, firmemente atado a un territorio y a un poder político centralizado y fuerte. Es la expresión legislativa de

<sup>3</sup> BAUMAN, 2004, p. 18.

<sup>4</sup> Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, 2.ª ed. 1987, pp. 162 ss.

<sup>5</sup> Como dice TENA ARREGUI, R., en una columna publicada en el diario *El Mundo*, el 30.09.2009, «Es obvio que cuanto más líquido sea el Derecho, menos freno supone para el poder, dado que no resulta infrecuente que las «opiniones predominantes en la comunidad» sean dictadas desde arriba, a través del «bramido de los líderes», en expresión de Natalino Irti» (<http://www.elmundo.es/opinion/tribuna-libre/2009/09/19536117.html>).

<sup>6</sup> En un sugestivo trabajo ZÉNATI-CASTAING, F., «L'avenir de la codification», *RDI-Comp.*, 2/2011, pp. 355-373, espec. p. 360, afirma que la codificación nacional, fenómeno moderno, solo tiene sentido en la edad postmoderna en la medida en que se prolonguen, en contraposición con los nuevos tiempos, las manifestaciones retardadas de la humanidad, estimando que habrá todavía codificaciones nacionales, pero solo en los límites de las necesidades de modernización del mundo. Este mismo autor añade más adelante que la mundialización del Derecho, por su policentrismo y su incompatibilidad con la heteronomía, ofrece un modelo que contradice el carácter relativamente autoritario del código (pp. 361 y 362).

la racionalización, la sistematización y la certeza del Derecho<sup>7</sup>; es una forma permanente, o al menos con tendencia a serlo; es la antítesis de la fluidez y del cambio acelerado. No es de extrañar, pues, que un sector de la literatura jurídica estime que la codificación es una técnica que está periclitada, que pertenece a otro tiempo histórico, pues se trataría de una actuación propia de las estructuras sólidas, hoy completamente superadas.

No cabe duda de que la elaboración de códigos significa un modo de entender el ordenamiento jurídico que venía exigiendo una referencia territorial, más en concreto estatal, un poder político fuerte, un cuerpo de doctrina muy cualificado y muy asentado<sup>8</sup>. Nada de ello es propio de nuestro tiempo líquido en el que la producción del Derecho ha dejado de ser un monopolio del Estado por la pérdida del protagonismo de este último como eje vertebrador de la sociedad y de todas sus derivaciones<sup>9</sup>. El Derecho se crea hoy, además de en los órganos legislativos nacionales, en otros centros de poder concurrentes o alternativos (Unión Europea, por ejemplo, pero también grupos de presión doctrinales o económicos)<sup>10</sup> cuyas fuentes formales de producción de normas son diferentes a las tradicionales y cuyos referentes intelectuales son cada vez más contingentes e inseguros.

A mayores, no se debe perder de vista que la idea de Código en su sentido más propio se basa en un concepto de ley como mandato general, racional y abstracto, que dimana del monopolio de creación del Derecho ostentado por el Estado<sup>11</sup> y que no sirve para dar

<sup>7</sup> Díez-PICAZO, L., «Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, 1992, pp. 473-484, espec. 474 y 476.

<sup>8</sup> GÓMEZ POMAR, F., «Ventajas e inconvenientes de la codificación en Europa y en España», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.<sup>a</sup> C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 115 ss.; también ALFARO, J., «Contra la promulgación del Anteproyecto del Código Mercantil», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.<sup>a</sup> C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 19-26, para quien «el siglo XXI no es el siglo de la codificación».

<sup>9</sup> BECK, 2008, pp. 171 donde el autor explica las características de la nueva sociedad mundial.

<sup>10</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del Derecho», *BMJ*, núm. 2141, abril 2012, pp. 1-16.

<sup>11</sup> Señala RESCIGNO, P., que los códigos han contribuido a poner en un trono a la ley; pertenecen al fenómeno de exaltación de la ley como fuente y están estrechamente conectados con los ideales de la positividad y estatalidad del Derecho («La forma código: storia e geografía de un'idea», *Studi in onore di Piero Schlessinger*, t. I, Milano, 2004, pp. 217 ss; también recogido en *Codici. Storia e geografía di un'idea*, Roma, Laterza, 2013, pp. 3-9, que ha sido el texto aquí consultado). Aunque con planteamientos distintos es útil la cita de ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, 1992, no solo porque este autor también maneja la idea de «líquida y fluida» frente a «sólida» aplicada a la dogmática jurídica de nuestro tiempo (p. 17), sino también porque contraponen la ley del Estado liberal a la del Estado constitucional, considerando que en aquel «La ley por excelencia era entonces el código, cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley», que el autor citado resume así: «la

respuesta a los acelerados problemas actuales, los cuales exigen más flexibilidad y rapidez de respuesta que los que puede suministrar ese concepto de ley objetivo y estable<sup>12</sup>. En consecuencia, se piensa que de hacerse un nuevo Código quedaría rápidamente viejo y superado, lo que daría lugar a una pronta y continuada descodificación, pues en ningún caso su mera existencia podría evitar la continua y acelerada producción normativa a través de las reglas *ad hoc* que reclaman las acuciantes necesidades postmodernas<sup>13</sup>. Puede decirse que en lo que respecta a España esta circunstancia ha sido muy evidente en los últimos años y casi escandalosa en los meses que precedieron a las elecciones del pasado veinte de diciembre de 2015. De la descompostura legislativa no se libró ningún sector del ordenamiento jurídico incluyendo, por supuesto, el Derecho privado; baste señalar que solo en los meses de junio y julio de 2015 se publicaron varias leyes de la más diversa naturaleza que modificaron decenas de artículos del Código civil sin ningún tipo de cortapisa.

No puede, pues, causar sorpresa que muchos autores opinen que las fuentes de producción normativa propia de nuestros días han de ser otras, más fluidas, más rápidas, más adaptables, más flexibles que la vieja y anquilosada ley vertida en los códigos<sup>14</sup>. La ley abstracta y general, resultado de un procedimiento reglado y

---

voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente, en todo el territorio del Estado y que se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basado en la razón (la razón de la burguesía liberal, asumida como punto de partida), el carácter deductivo del desarrollo de las normas, *ex principiis derivationes*; la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud».

<sup>12</sup> BAUMAN, 2004, p. 53. «La modernidad pesada fue, después de todo, una época en la que se daba forma a la realidad a la manera de la arquitectura y la jardinería; para que la realidad se ajustara a los dictámenes de la razón, debía ser construida bajo estrictas normas de control de calidad y de acuerdo con estrictas reglas de procedimiento [...] Era una época que soñaba con legislar para hacer de la razón una norma de la realidad, con barajar y repartir de nuevo para impulsar las conductas racionales y hacer que todo comportamiento contrario a la razón resultara demasiado costoso como para ser siquiera considerado. Para la razón legislativa, descuidar a los legisladores y las instituciones a cargo del cumplimiento de la ley no constituía, obviamente una opción. La cuestión de la relación con el Estado, cooperativa o antagonica, representaba su dilema fundamental: un verdadero asunto de vida o muerte».

<sup>13</sup> ZAGREBELSKY, 1992, p. 38, entiende que la ley del Estado constitucional «ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad».

<sup>14</sup> Sobre la crisis y reinención de la ley en nuestros días, *vid.* las interesantes reflexiones de LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 151 ss. También se hace eco de la crisis del imperio de la ley como consecuencia del «ocaso de la era jacobina», RODOTÁ, S., «Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*», en Real Pérez (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica, I y II. Congresos Internacionales «Códigos de conducta y mercado»*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 19. Por su parte, ZÉNATI-CASTAING, 2011, p. 362, señala que el código es víctima no sólo de la desaparición de sus causas políticas, sino también de la crisis de la ley, que es en realidad la modificación de su función, y del incremento de las fuentes no formales.

garantista, que en ciertos aspectos reclama una precisión técnica muy depurada<sup>15</sup>, se está viendo sustituida progresivamente por fórmulas más rápidas y menos pesadas; así, cumple recordar que los actos normativos de las autoridades son cada vez más numerosos y más continuados (podemos referirnos, también en la experiencia cercana, al incuestionable abuso de los decretos-leyes); pero las autoridades son también progresivamente más abundantes y más invisibles para el ciudadano, cuyo papel en la elaboración de la normatividad es también objeto de perplejidad y discusión. Entre las fuentes más tradicionales se opina que la jurisprudencia creadora de Derecho es mucho más versátil y flexible que el recurso a la rígida ley, sobre todo si esta se halla incluida en los todavía más pesados códigos, pues el Derecho judicial puede dar soluciones más ágiles, particularizadas y adecuadas a los problemas jurídicos y sociales actuales que las proporcionadas por el rígido modelo codificado<sup>16</sup>. Además surgen nuevas «fuentes» concurrentes, cuyo controvertido carácter normativo y hasta las dudas sobre su legitimidad democrática no impiden que se vayan imponiendo con pausada pero incansable insistencia (los llamados «códigos de conducta» son un buen ejemplo<sup>17</sup>).

Lo cierto es que ya no se requieren soluciones definitivas, inmutables, no adaptables o transformables<sup>18</sup>: en un mundo donde todo es provisional, pasajero y maleable, la norma jurídica también ha de contener respuestas contextuales y adaptativas.

<sup>15</sup> Conviene también apuntar las críticas vertidas en torno a lo que podemos denominar como el «déficit democrático» del Código al que se refiere Rescigno, P., cuando señala que un código, en general, no tiene nunca un origen democrático-parlamentario, en el sentido de formular los resultados del debate de una asamblea en al cual están representados y conviven los intereses de carácter popular, sino que es más bien el resultado de una elaboración de carácter técnico que procede de especialistas investidos de poder; puede revestir su investidura de mecanismos de carácter parlamentario, pero no es nunca la creación del sistema político democrático («Codice civile europeo: un copione recitato fuori tempo?», *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma, Laterza, 2013, pp. 245-250, espec. pp. 246-247; trabajo inicialmente publicado en *An European Civil Code?, Perspectives and Problems*, Atti del Convegno, Genova, 28 maggio 2004, a cura de V. Roppo, Milano, 2005, pp. 251 ss.).

<sup>16</sup> GÓMEZ POMAR, 2015, p. 136: «El desarrollo judicial del Derecho, incluso por razones psicológicas y cognitivas, es más contextual y está más atento a las circunstancias que el derecho legislado, no digamos ya el codificado. Está mejor situado para reflejar las diferencias en los escenarios fácticos, tiene alcance más modesto y menos invasivo sobre las expectativas presentes de los intervinientes en la relación, y evoluciona de forma más pausada y acompañada a los cambios en los escenarios y condiciones económicas y sociales».

<sup>17</sup> Los códigos de conducta son el ejemplo paradigmático del *soft law* contemporáneo, que frente a *hard law* tradicional, es más dinámico y flexible, responde con mayor rapidez, capacidad de adaptación y elasticidad a las progresivas necesidades sociales, como decíamos en GARCÍA RUBIO, 2012, p. 7; el *soft law* es a su vez el paradigma del Derecho líquido. *Vid.* también al respecto, RODOTÁ, 2010, p. 23.

<sup>18</sup> Términos utilizados por GÓMEZ POMAR, 2015, p. 119.

Pero es que, además, en un mundo donde todo se consume, todo se compra y se vende<sup>19</sup>, los ordenamientos jurídicos también han de salir al mercado, tablero donde habrán de competir en un juego en el que serán más atractivos cuanto más plásticos y flexibles sean<sup>20</sup>, de suerte que aquellos modelos que logren ofrecer los menores costes de transacción –y no los más justos, ni los más legítimos, ni los que mejor aseguren los ideales democráticos– serán los preferentemente elegidos y, con ello, los ganadores del juego en el que todos quieren participar<sup>21</sup>

Con todo, a pesar de la repercusión de esta tesis anti-legisladora y anti-codificadora y su aparente sintonía con los tiempos de la modernidad líquida, existen algunos datos de nuestro entorno jurídico más próximo que pudieran desmentir, o al menos matizar en buena medida, la idea de que el modelo codificado está totalmente superado, cuando menos en lo que atañe al campo del Derecho civil patrimonial. Voy a poner algunos ejemplos referidos a la esfera internacional o transnacional primero y al tradicional espacio estatal, en segundo lugar, con el objetivo de entresacar, si es posible, algunas enseñanzas.

## II. LOS TEXTOS (¿CÓDIGOS?) DE REFERENCIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL, TRANSNACIONAL O SUPRANACIONAL

En el marco que trasciende las dimensiones puramente estatales, cada vez más relevante en la época de la segunda modernidad,

<sup>19</sup> Dice BAUMAN, 2004, p. 79: «El arquetipo de la carrera que corre cada miembro de la sociedad de consumidores (en una sociedad de consumo todo es a elección, salvo la compulsión a elegir, la compulsión que se convierte en adicción y que por lo tanto deja de percibirse como compulsión) es la actividad de ir de compras» y añade «El código que determina nuestra política de vida deriva de la praxis de ir de compras».

<sup>20</sup> Desde esta perspectiva, explica GÓMEZ POMAR, 2015, p. 128, que la técnica codificadora puede cortar los efectos beneficiosos de la concurrencia entre ordenamientos, pues «Los sistemas jurídicos, interesados en atraer contratantes al ámbito de su derecho (por motivos fiscales, o de prestigio, por ejemplo), competirán por ofrecer las reglas más competitivas e interesantes para los potenciales contratantes». Añade el autor que este proceso competitivo conducirá, a través de su repetición y continuación en el tiempo, a lograr el conjunto de reglas más deseables para los contratantes, de suerte que el proceso competitivo entre ordenamientos servirá para maximizar la calidad de las normas de Derecho de contratos del mismo modo que la competencia en los mercados lleva a los productos y servicios que los consumidores desean adquirir.

<sup>21</sup> Como pone de relieve, LAPORTA, 2007, p. 251. El mismo autor, 2007, pp. 248 y 249, destaca también que aquellas comunidades nacionales o estatales que no dispongan de un derecho interno lo suficientemente eficaz y articulado, simplemente no participan en el proceso de globalización, o lo hacen solamente como meras afectadas pasivas, de suerte que las sociedades jurídicamente desarticuladas están excluidas de los beneficios potenciales del proceso de globalización.

son numerosos los textos publicados en los últimos años que, sin adoptar el nombre de Código, obedecen en alguna medida a los parámetros genuinos de la idea más propia de este, tal y como se concibió en la edad de la codificación por excelencia, el siglo XIX: esto es, un texto totalizador de los nuevos principios y las nuevas reglas, sistemático, con vocación de superar lo precedente y de instituir un orden nuevo<sup>22</sup>. Los referentes son de sobra conocidos y van desde textos vinculantes por su origen y su formulación jurídica (la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 que es un tratado internacional), a otros que tienen naturaleza de *soft law*, ya sean de alcance global, como los Principios Unidroit (publicados en 1994 y completados en 2004) o, en el marco europeo, los Principios de Derecho Europeo de contratos, también conocidos como Principios Lando, publicados entre 1995 y 2003, así como el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) de 2008<sup>23</sup>.

Desde las instancias oficiales de la Unión Europea, marco paradigmático de la llamada soberanía inclusiva<sup>24</sup>, se planteó en su día la elaboración de un controvertido Código civil (patrimonial) europeo; durante algún tiempo quienes en el sector académico lo apoyaban con distintos matices<sup>25</sup> y quienes parecían denostarlo estaban equilibrados. Aunque en los últimos tiempos el debate ha perdido fuelle, cabe señalar que los pasos dados hasta el presente hacia su elaboración han sido más bien modestos y muy erráticos, pues se han concretado apenas en algunos instrumentos de diferente naturaleza y alcance<sup>26</sup> que nunca han logrado ser ni siquiera el embrión de un eventual Código<sup>27</sup>. La que parecía que iba a ser una zancada notable, la Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa europea, más conocida por sus siglas inglesas (CESL)<sup>28</sup>, configurada como un instrumento opcional para sus

<sup>22</sup> IRTI, N., «Idea del Codice civile», voz *Legislazione e codificazione*, escrita para la *Enciclopedia delle scienze sociali*; texto incluido en *Codice civile e società politica*, Roma, Laterza, 8.ª ed, 2007, pp. 19-52, espec. pp. 29 ss.)

<sup>23</sup> Subraya las características de estos textos pertenecientes a la codificación post-moderna, que estima bien alejados de los derivados de la codificación decimonómica, ZÉNATI-CASTAING, 2011, pp. 373 ss.

<sup>24</sup> BECK, 2008, p. 215.

<sup>25</sup> Se discutía, por ejemplo, si ese eventual Código civil europeo desplazaría o no a los Códigos o a los Derechos nacionales, o simplemente se situaría a su lado.

<sup>26</sup> Directivas de mínimos, Directivas de máximos, Reglamentos *tout court*, Reglamentos opcionales, Recomendaciones, etcétera.

<sup>27</sup> El proceso y sus hitos es explicado de modo sucinto y claro por ARROYO I AMAYUELAS, E., «¿Es el CESL legislación inteligente?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11/2014, pp. 201-228

<sup>28</sup> La Propuesta de Reglamento tenía como finalidad superar las trabas al comercio transfronterizo relacionados con el Derecho contractual (Considerando núm. 8). Existe abundante bibliografía sobre este texto; baste citar aquí, la perspectiva general sobre su naturaleza y alcance de ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, pp. 210 ss.; sobre su contenido,

destinatarios, fue primero convenientemente podada y retirada después<sup>29</sup>, para reaparecer el pasado mes de diciembre, recortada y reformada, en forma de dos Propuestas de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo consideradas ambas como un paquete con objetivos comunes: una sobre determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales<sup>30</sup> y otra sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes<sup>31, 32</sup>.

Pues bien, si ya existían recelos más que fundados respecto a que el CESL pudiera ser considerado algo parecido a un Código<sup>33</sup>, no cabe duda de que estas nuevas Propuestas no lo son en absoluto, ni aisladamente consideradas, ni en su relación con otras con las que guardan indudable correspondencia<sup>34</sup>. Al respecto cabe señalar que en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos relativos a los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes se dice literalmente, por comparación con el CESL, que «... se abandonan el enfoque de un régimen opcional y de un conjunto exhaustivo de normas. En lugar de ello, las propuestas contienen un conjunto de normas específicas y plenamente armonizadas»; bastaría este apunte sobre la falta de exhaustividad o carácter incompleto para negar *ad limine* a los nuevos instrumentos la consideración de Código en sentido propio. Ni siquiera puede decirse que pretenda ser la parte de un futuro Código, limitado por el momento a los dos tipos contractuales a los que se refiere, pues las Propuestas citadas no tratan de armonizar todos los aspectos relativos al contrato de compraventa o suministro de contenidos digitales, sino solo los relativos a los principales

---

*vid.* GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *Indret* 1/2012, que analizan algunas las reglas del CESL.

<sup>29</sup> Tras sufrir diferentes vicisitudes en el proceso prelegislativo, el 16 de diciembre de 2014, la Comisión anunció su voluntad de modificar o abandonar la Propuesta de CESL [Anexo 2 de la *Comission Work Programme* 2015, COM (2014) 910 final, 16.2.2014, p. 12].

<sup>30</sup> Bruselas, 9.1.2.2015, COM (2015) 634, final, (2015/0287 (COD)).

<sup>31</sup> Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final, 2015/0288 (COD).

<sup>32</sup> De la misma fecha es también la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, COM (2015) 627, final; 2015/0284 (COD).

<sup>33</sup> Por la respuesta negativa, ZIMMERMANN, R., «Codification: the Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law», *Codification in International Perspective*, Springer, 2014, espec., p. 25. En nuestra doctrina, ARROYO I AMAYUELAS, 2014, pp. 210 ss; por su parte de «código europeo sectorial, pero de notable trascendencia», califica al CESL, GÓMEZ POMAR, 2015, p. 116; también lo considera un «*optional code*», COLLINS H., «Why Europe Needs a Civil Code», *European Review of Private Law*, 4, 2013, (pp. 907-922), p. 913.

<sup>34</sup> Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

derechos de los consumidores, tales como la conformidad del producto, los remedios en caso de no conformidad o las modalidades de ejercicio de los mismos; quedan pues fuera de su ámbito otros temas de gran relevancia, como las cuestiones relativas al consentimiento, las cláusulas abusivas, la validez y los efectos del contrato, o la indemnización de daños y perjuicios.

Conviene advertir además que, según se constata en la misma Exposición de Motivos, la justificación de estos nuevos textos no es ni mucho menos técnica, sino fundamentalmente de índole económica; en concreto, su pretensión es la de contribuir a un crecimiento más rápido de las oportunidades que crea un Mercado Único Digital y ayudar a que los consumidores se sientan más seguros en sus compras en línea en otro país de la UE distinto del propio, razón por la que abordan la regulación de los dos tipos contractuales que tienen más importancia en las transacciones transfronterizas en el mercado europeo. Permítaseme ahora que apunte que su objeto, esto es, las compras a distancia y sobre todo las compras *on line*, constituyen un paradigma de la segunda modernidad y del proceso de licuefacción de nuestra sociedad, una de cuyas manifestaciones más evidente, como nos enseña también Bauman, es la separación absoluta entre las dimensiones de espacio y tiempo<sup>35</sup>.

Que no se trate de un Código, ni siquiera de una parte de él, no significa que ambas Propuestas de Directiva no sean textos destinados a influir en el proceso de armonización y hasta de unificación del Derecho de la compraventa y suministro en los Estados miembros de la UE, como prueba que se haga una declaración en el sentido de adoptar medidas para evitar que se produzcan diferencias entre las normas relativas a las ventas a distancia y las que se aplican en las ventas presenciales que pudieran ser desincentivadoras de las primeras<sup>36</sup>. Sin embargo, causa cierta perplejidad que no se hagan coincidir totalmente los contenidos de las nuevas Directivas con los de la Directiva 1999/44/CE, de cuyo ámbito de aplicación se van a excluir los contratos de compraventa a distancia y los de suministro de contenidos digitales, de suerte que la 1999/44 se aplicará únicamente a las compraventas presenciales<sup>37</sup>; todo ello significa que, de llegar a aprobarse los dos nuevos textos, el régimen europeo de la compraventa quedará claramente fraccionado.

El análisis somero del contenido de las Propuestas permite señalar que se trata de normas de protección de los consumi-

<sup>35</sup> BAUMAN, 2004, pp. 118 ss.

<sup>36</sup> EM, p. 3

<sup>37</sup> Art. 19 Propuesta compraventa, y art. 20 Propuesta de suministro.

dores<sup>38</sup> (contratos B2C)<sup>39</sup>, lo que en cierta medida vuelve a suponer un «paso atrás» en el proceso uniformizador si comparamos las Propuestas con el CESL, el cual además de a los contratos B2C también afectaba a los contratos entre empresarios (contratos B2B); en cambio sí coinciden con el frustrado instrumento opcional en que las nuevas Directivas tampoco afectarán a los celebrados entre dos particulares, lo que no deja de ser sorprendente por la creciente importancia de las operaciones a distancia realizadas entre los simples ciudadanos a través de diversas plataformas digitales, muy en particular en lo que atañe al mercado de bienes de segunda mano.

Por otro lado, a diferencia de lo que sucede por ejemplo con la Directiva 1999/44/CE en materia de compraventa de bienes de consumo, las dos nuevas Propuestas pretenden ser Directivas de armonización plena, de modo que en las materias que contemplan impedirían el mantenimiento o adopción de disposiciones nacionales que establecieran una nivel diferente de protección de los consumidores (art. 3 Directiva compraventa y art. 4 Directiva suministro), siguiendo así la estela de la Directiva 2011/83/UE, por la que se garantizaron una serie de derechos uniformes a los consumidores en el seno de la UE<sup>40</sup>. Se trata además de dos Directivas que armonizan las compraventas a distancia y lo suministros de contenidos digitales, tanto en los contratos transfronterizos, como en los estrictamente internos, lo que es también coherente desde el punto de vista económico, pues en este tipo de transacciones nada cuentan las viejas fronteras nacionales.

No se trata en este lugar de profundizar en los nuevos textos destinados a engrosar el acervo comunitario, sobre los que sin duda correrán, como es costumbre, ríos de tinta más o menos virtual. Me limito ahora a constatar que son muestra palpable de que la idea de una codificación en materia contractual a nivel de la Unión, en algún tiempo diseñada o soñada por cierto sector académico y polí-

---

<sup>38</sup> Entendiendo por tales a «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión», conforme al art. 2 b) Propuesta Directiva compraventa; similar al 2.4 Propuesta Directiva suministro.

<sup>39</sup> Paso que sigue coherente con la idea de BAUMAN, 2004, p. 42, de la modernidad liviana o modernidad líquida; señala el autor en la obra tantas veces citada que la sociedad postmoderna considera a sus miembros primordialmente en calidad de consumidores, no de productores.

<sup>40</sup> Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DO L* 304 de 22.11.2011, p. 64.

tico, no pasa por su mejor momento<sup>41</sup>. No me cabe duda de que la modernidad líquida también es el presente de la Unión Europea. No en vano, de forma consciente y deliberada, en estos nuevos textos se opta por la técnica de la Directiva en lugar del Reglamento, según se dice con el objetivo de minimizar «la interferencia en las leyes nacionales»<sup>42</sup>. Lo cierto es que en el ámbito de producción normativa esto se traduce en un más que aparente abandono de la senda propiamente codificadora del Derecho civil europeo, más propia de otro tipo de instrumentos como el Reglamento o el Convenio internacional al que se pudieran adherir los Estados miembros a modo de ley uniforme<sup>43</sup>.

De todo lo que antecede cabe deducir que ese ideal codificador que algunas instituciones europeas contemplaban con interés y hasta con deleite hace unos años<sup>44</sup>, puede considerarse hoy abandonado y sustituido por una técnica normativa puntual, discontinua y fragmentaria<sup>45</sup>, adjetivos que no son exclusivos del Derecho contractual europeo, sino que en general pueden aplicarse a toda la producción normativa de la Unión Europea. Es curioso constatar que para acallar las críticas sobre su incoherencia y falta de seguridad jurídica esta producción normativa se quiera calificar desde hace algún tiempo como «legislación inteligente» (*smart legislation*). Baste mencionar al respecto el reciente documento de 16 de diciembre de 2015, con mero alcance informativo pero de indudable interés, rubricado «*Provisional text of the proposed interinstitutional agreement on better regulation*»; entre los comunes compromisos y objetivos, en el n.º 1 b) del texto citado «*The European Parliament, the Council and the Commission agree that Union law should: – be comprehensible and clear; – allow parties to easily understand their rights and obligations; – include appropriate reporting, monitoring and evaluation requirements; – avoid overregulation and administrative burdens; and – be practical to implement*». Con todos los matices que se quieran, la reminiscen-

<sup>41</sup> Baste contrastar las muy distintas impresiones que yo misma tenía sobre el tema hace apenas una década, en GARCÍA RUBIO, M. P., «Hacia un Derecho europeo de contratos», en *Estudios de Derecho mercantil europeo*, PÉREZ CARRILO, E. (Coord.), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 83-103; aunque ya entonces la posible elaboración de un Código civil europeo dejaba muchas cuestiones abiertas (2005, p. 100 ss).

<sup>42</sup> EM, p. 9.

<sup>43</sup> Como señalé en GARCÍA RUBIO, M. P., 2005, p. 100.

<sup>44</sup> El proceso, en apretada síntesis es expuesto por ZIMMERMAN, 2014, pp. 25 ss.

<sup>45</sup> Usando la metáfora de Michel Maffesoli, que también utiliza Bauman, se trata de una técnica «puntillista», esto es, más prominente por su inconsistencia y su falta de cohesión que por sus elementos cohesivos y de continuidad (BAUMAN, Z., *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, 2.ª reimpression de la 1.ª edición en español, 2014, p. 52).

cia de la época de la codificación decimonónica y de ciertos objetivos técnicos del ideal codificador son, a mi juicio, evidentes.

### III. LOS CÓDIGOS ESTATALES DE LOS ÚLTIMOS AÑOS

Aparentemente algo distinto a lo que acabamos de describir sucede en el marco de Derecho privado de los Estados nacionales, referencia clásica de la idea moderna de código y a los que brevemente me referiré a continuación.

En este ámbito se puede decir que a pesar de las críticas vertidas sobre la obsolescencia de la codificación y los argumentos en favor de su superación, no cabe derivar que la figura del «Código» está defenestrada; más bien al contrario parecería que estamos viviendo una segunda edad dorada de la codificación, hasta el punto de poder hablar, parafraseando a un clásico, «*de la vocación de nuestro tiempo para la ... recodificación*» o, en palabras de un autor alemán bien conocido entre nosotros, puede decirse que en los últimos años se ha producido «*el tránsito de la Descodificación a la Recodificación*»<sup>46</sup>. Incluso en países anglosajones, tradicionalmente refractarios a la idea codificadora, se procede a algo parecido a una codificación de ciertas partes de su Derecho patrimonial (*Restatements* o *Codes* americanos e ingleses, como la reciente *Consumer Rights Act* en el Reino Unido), si bien no faltan autores que niegan a estos textos tal naturaleza<sup>47</sup>.

Pero, sobre todo, el impulso codificador parece muy fuerte en los países de tradición continental donde el movimiento nació y tuvo sus más destacados hitos. Los ejemplos son numerosos y están en la mente de todos. En menos de tres décadas se han publicado

<sup>46</sup> SCHULTZE, R., «Perspectiva comparada de la codificación en Europa», *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.<sup>a</sup> C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, p. 168. No obstante, resulta oportuno apuntar que tras los términos «descodificación» y «recodificación», tan exitosamente creados por N. Irti, se hace alusión a ideas que van más allá de la proliferación de leyes especiales o de la vuelta al texto codificado; se trata, como la propia categoría de codificación, de no solo de categorías lógicas, sino también de categorías históricas, y por tanto mutables que además son de tiempo en tiempo excluyentemente dominantes. La una presupone que el peso del sistema jurídico es asumido por una fuente más alta (por ejemplo, una constitución normativa y rígida); la otra que el código toma sobre sí la garantía de la continuidad del ordenamiento y salvaguarda, a la vez, la estabilidad de las relaciones sociales, como señala el propio IRTI, N., «I cinquant' anni del Codice civile», *Codice civile e società politica*, Roma, Laterza, 8.<sup>a</sup> ed., 2007, pp. 55-69, espec. p. 69).

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, GRAY, W., «Codification, Decodification and Recodification. History, Politics and Procedure», *Codification in International Perspective*, Springer, 2014, pp. 30-10, espec. pp. 3 y 4, en relación con el *Uniform Commercial Code* americano, al que califica como de mera ley modelo donde se recoge un conjunto de reglas que son adoptadas por cada Estado y que están sometidas a la interpretación de cada tribunal estatal.

en la materia de obligaciones y contratos, el Código civil holandés (1992)<sup>48</sup>, el de Quebec (1994), la ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del BGB (2002). Por su parte, como consecuencia lógica de su tránsito a un sistema económico basado en la economía de mercado, son especialmente significativos los nuevos Códigos civiles de los países de la antigua órbita soviética (Hungría o el de la República Checa, por citar algunos de los más recientes). También debe hacerse mención a los nuevos códigos de países sudamericanos, como el de Brasil (2002), o el flamante Código civil y comercial de Argentina (2014)<sup>49</sup>. El último y significativo paso se está dando en Francia, que tras varios intentos de reformar el libro III del *Code*, aprobó a finales del 2013 en la Asamblea Nacional la autorización al Gobierno de un *Projet de Ordonnance* sobre Obligaciones y Contrato, la cual acaba de ser publicada<sup>50</sup> y está en el momento en que esto se escribe pendiente de ratificación parlamentaria, teniendo prevista su entrada en vigor para el próximo otoño; me detendré en breve con algún detalle en el caso francés por su actualidad.

Haciendo mención al conjunto de textos aludidos, es verdad que no se trata de códigos del todo equivalentes a los códigos civiles de la etapa dorada de la codificación. Tampoco son modelos de códigos idénticos entre sí: algunos son modernizaciones y puestas al día de los viejos moldes donde se recogen ahora las normas asentadas por la práctica jurisprudencial consolidada (así, muy claramente, el caso del BGB); otros son el resultado del establecimiento de orden político nuevo, que pretende arrumbar el precedente (como sucede en países del Este); otros son la consecuencia de una reelaboración o orden doctrinal, sistemático y práctico (por ejemplo, el argentino).

Muchos de ellos son también nuevos en la forma: el mejor ejemplo es el modelo de código abierto del holandés de 1992, que con una fórmula de numeración de sus artículos dependiente de su ubicación, permite acoger constantes reformas legislativas sin que se resienta su estructura. Se trata de una innovación que ha calado en otros lugares, entre los que se encuentra Cataluña, como vamos

<sup>48</sup> Que tiene la estructura, a la que luego haré mención, de código abierto.

<sup>49</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), pp. 37-66.

<sup>50</sup> Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal Officiel de la République Française*, 11 février 2016. En la misma sede y fecha se publicó también el Rapport du Ministère de la Justice au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

a ver a continuación. Es indudable que este modelo, sin dejar de presentar la solidez de un código, es mucho menos pesado y más flexible que el modelo de código cerrado tradicional y parece preparado para el cambio y, por ello, para ser en alguna medida permeable a las exigencias de flexibilidad e instantaneidad de la modernidad líquida.

Como he dicho, en fechas recientes el *Journal Officiel* de la República francesa ha publicado la Ordenanza que produce una amplia reforma del *Code* francés en la materia relativa al Derecho de contratos y al régimen general y de la prueba del Derecho de obligaciones<sup>51</sup>, quebrando la quietud de un código que supera con creces los doscientos años y que ha sido, con probabilidad rayana en la certeza, el más influyente de la era moderna. Tratándose el nuevo de un texto del siglo XXI, la citada Ordenanza no puede evitar las influencias globalizadoras propias de los tiempos actuales; tanto los precedentes como el propio proceso de elaboración y el vehículo utilizado son claras señales de ello<sup>52</sup>. Tales huellas también se aprecian en su contenido, sobre todo porque las preocupaciones subyacentes son las propias de la época de la economía globalizada y la sociedad de consumo (la libertad –o ausencia de libertad– contractual, la buena fe, el proceso de formación del contrato y los deberes de información propios de esta fase, los contratos electrónicos, la consideración del abuso de la situación de dependencia como vicio del consentimiento, los contratos de adhesión, etc.). Sin embargo, puede decirse que es un texto clásico en su estructura –no es un código abierto, al modo holandés–, que deja patente la tradicional preocupación cartesiana por la coherencia sistemática, como demuestra, por ejemplo, que se dedique el Título II a establecer las disposiciones de coordinación con el resto de los preceptos del *Code* civil y de otros Códigos sectoriales. Por lo demás, es fácilmente constatable que el tratamiento de las materias sigue siendo, en buena medida, «profundamente francés» o si se prefiere «profundamente napoleónico». Muestra la preocupa-

---

<sup>51</sup> En realidad, el contenido de la reforma es más amplio que lo que se deriva de su título, pues se incluyen temas como el enriquecimiento sin causa, que ahora para a ser objeto de formulación legal. Aunque la Ordenanza reproduce in extenso los preceptos del *Code* relativos a la responsabilidad extracontractual, incluida la responsabilidad por productos defectuosos, lo hace solo por razones sistemáticas, pues el mismo *rapport* ministerial anuncia la elaboración futura de un texto que modifique la responsabilidad contractual y extracontractual.

<sup>52</sup> Sobre el largo proceso de la reforma en Francia, BOUCARD, H., « La réforme du Droit des Obligations en France ». 5<sup>e</sup> *Journées Franco-Allemandes*, bajo la dirección de R. Schulze/G Wicker/ G Mäsch/D. Mazeaud, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 27-3. La reforma es explicada por TERRÉ, F., «À partir d'une relation liée, indestructible, entre le passé, le présent, et le futur», *La Semaine Juridique*, Ed. G., Suplemento al n.º 21, 25.5.2015, p. 5.

ción por la necesidad de simplificar, hacer más comprensible y más accesible el Derecho de contratos y obligaciones y garantizar la seguridad jurídica<sup>53</sup>, y lo hace de un modo mucho más claro que el derivado de la situación inmediatamente precedente en Francia, en la que el texto codificado había sido superado por una volátil y cambiante jurisprudencia. Quiero poner de relieve, no obstante, cómo la necesidad de modernización de esta parte del código napoleónico es justificada no tanto, o al menos no sólo, por razones de estricta técnica jurídica, sino también por motivaciones políticas y económicas<sup>54</sup>, lo que también ha de ser considerado un signo de nuestro tiempo en el que el Derecho ya no se justifica como un orden autónomo, sino que está totalmente supeditado a esas otras múltiples razones. Como ejemplo paradigmático resalto que el *rapport* ministerial que acompaña el nuevo texto explica el abandono del tradicional requisito de la «causa» como uno de los elementos esenciales del contrato; pues bien, lo hace con el objetivo confesado de hacer más atractivo el Derecho de contratos francés en el tablero político, cultural y económico en el que quiere entrar en juego. De modo similar, la admisión de la facultad de resolución unilateral por vía de notificación, la excepción de inejecución, o la facultad de aceptar una prestación no conforme con una rebaja del precio, son explicadas en términos de eficiencia económica y por la necesidad de adaptarse a las exigencias de una economía mundiali-

<sup>53</sup> Rapport Ministère de la Justice: «*La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve. En effet, en la matière, le code civil, quasiment inchangé depuis 1804, ne reflète plus, dans sa lettre, l'état du droit.*»

<sup>54</sup> Rapport Ministère de la Justice: «*Par ailleurs, dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale.*

*Tout d'abord, des pays qui s'étaient autrefois grandement inspirés du code Napoléon ont réformé leur propre code civil, en s'affranchissant du modèle français, trop ancien pour demeurer source d'inspiration, comme le Portugal, les Pays-Bas, le Québec, l'Allemagne ou l'Espagne, et il est apparu à cette occasion que le rayonnement du code civil français passait par sa rénovation.*

*Mais en dehors même de cette dimension politique, l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique: les rapports « Doing business » publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français».*

En otro pasaje, el mismo *rapport* ministerial añade: «*Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites. Il restitue ainsi au droit commun des contrats, sans bouleversement, la caractéristique essentielle des systèmes de droit continental*».

zada y en continua evolución; se trata, en definitiva, de poner el Derecho de contratos francés en el mercado de ordenamientos que reclama la globalización.

A pesar del notorio interés de la Ordenanza francesa y de su rabiosa actualidad, no se justifica que me detenga más en este lugar en su análisis pormenorizado. La coherencia del discurso hace necesario que vuelva al proceso general de recodificación presente en varios países de nuestro entorno, con el objetivo de hacer una valoración más o menos conjunta y general. A este respecto cumple decir que la diversidad y complejidad que presentan estos nuevos códigos civiles, tanto en sus fines como en su forma y su contenido, no han impedido a parte de la doctrina contemporánea sacar algunas conclusiones generales. Así, Schulze ha destacado en concreto dos: por una parte la vitalidad de la codificación, cuando menos como elemento característico de la técnica legislativa; por otra, la común inspiración de estos nuevos códigos sobre obligaciones y contratos en la ya citada Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías<sup>55</sup>, lo que el autor relaciona con la influencia general que sobre esos nuevos códigos proyecta el Derecho privado europeo.

De las citadas conclusiones destaco ahora la primera, porque el mismo autor afirma esa vitalidad de la idea codificadora con un importante matiz que nos vuelve a situar en la línea de la modernidad líquida, reiteradamente aludida en este trabajo. Schulze reconoce que la dimensión temporal ha variado con relación a la época dorada de la codificación, en la que bajo el influjo de la Escuela de Derecho Natural el ideal había sido la permanencia, casi la eternidad del código, mientras que en el tiempo de la «revolución digital» se tiene en cuenta, mucho más que antes, «la versatilidad del Derecho privado»; añade a continuación que debido a esos cambios, una codificación puede perder su antigua importancia para la praxis jurídica a favor de la legislación particular y el Derecho de raíz jurisprudencial; reconoce sin embargo que esta «descodificación» puede ir seguida de una «recodificación» siempre que el legislador reaccione a los retos actuales; pero, me atrevo por mi parte a considerar, también sería una «recodificación líquida» y, como tal, sometida a continuas tensiones, derogaciones y renovaciones.

Respecto a la segunda conclusión, que alude a la uniformidad de soluciones, por la común influencia en todos los códigos modernos del Derecho privado europeo (influencia que a mi juicio es totalmente bidireccional), no cabe duda de que se produce como otro resultado más del impacto del proceso de globalización en el

---

<sup>55</sup> SCHULZE, 2015, pp. 170 y 171.

ámbito jurídico. Como señala Laporta, la competencia entre ordenamientos para ser lo más atractivos posibles ante el acto global que los necesita y reclama, pero que también puede elegir entre ellos, ocasiona paradójicamente una convergencia entre todos, que puede ser el primer paso hacia una uniformidad de contenidos, pero que presenta la cara oscura de que tal convergencia está determinada por los intereses dominantes en ese mercado global de ordenamientos<sup>56</sup>.

#### IV. EL ENCAJE DEL DERECHO CONTRACTUAL DE CONSUMO EN LOS DISTINTOS MODELOS CODIFICADOS

Como se deriva de lo expuesto, los modelos de Códigos descritos en las líneas anteriores difieren notablemente en el tratamiento de las normas de protección a los consumidores, resultantes de un movimiento político-jurídico muy posterior a la codificación decimonónica y, en buena medida, radicalmente opuesta a esta; baste recordar que la igualdad formal y la libertad contractual *tout court* propia de los códigos clásicos se opone por principio a la idea de protección de la parte contractualmente vulnerable y a la aspiración de justicia social a través del contrato, que caracteriza al llamado Derecho del consumo. En este sentido, como señala la profesora M.<sup>a</sup> Rosa Llácer «es del todo razonable plantear si el derecho contractual de consumo debe incorporarse total o parcialmente en los Códigos civiles o si, por el contrario, es preferible que permanezca regulada como materia especial, ya sea en leyes dispersas, ya sea en códigos del sector»<sup>57</sup>. Es efecto, es un tema que desde hace ya tiempo preocupa a la doctrina comparada más conspicua<sup>58</sup>.

A juzgar por la diversidad de soluciones que nos han dado los legisladores estatales, la razonable cuestión admite variadas y puede que hasta igualmente razonables respuestas<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> LAPORTA, 2007, p. 251.

<sup>57</sup> LLÁCER MATA CÁS, M.<sup>a</sup> R. (Coord.), *La Codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid, Dykinson, 2015.

<sup>58</sup> Por todos, ZIMMERMAN, 2014, pp. 22 ss.

<sup>59</sup> El tema de la codificación del Derecho de consumo en sus distintos modelos comparados es analizado exhaustivamente por CÁMARA LAPUENTE, S., en «La codificación del Derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)», en *La Codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 91-135. También realiza un buen estudio comparado, PAISANT G, *Défense et illustration du Droit de la consommation*, París, Lexis-Nexis, 2015, espec. pp. 135 ss.

Así Francia, Italia o Austria nos suministran el modelo de Código de consumo separado del Código civil general<sup>60</sup>, aunque se trata más bien de códigos-consolidación o códigos de derecho constante, términos a los que más adelante haré referencia con un poco más de sosiego, si bien conviene ya advertir que suponen algo distinto de la idea de código fuerte que se predica, por ejemplo, de un Código civil o de uno limitado al Derecho de obligaciones y contratos. Por su carácter novedoso hago expresa mención de la Ordenanza por la que se publica el nuevo Código de consumo francés que viene a sustituir al de 1993<sup>61</sup>; se trata de un nuevo texto en el que una vez más se pone en evidencia la preocupación del legislador galo por la coherencia con los otros textos codificados, a fin de que quede correctamente definido lo que el *rapport* explicativo llama «perímetro del Código», a cuyo trazo esta Ordenanza dedica buena parte de su articulado, situando lo que es propiamente la parte legislativa del Código de Consumo en el texto Anexo. No puedo dejar de recordar que, aunque sea sin el envés del Código civil, el Reino Unido ha publicado en 2015 la ya citada *Consumer Rights Act*, considerada por algunos como una «codificación del derecho de consumo británico»<sup>62</sup>, que dedica dos de sus tres partes principales a la materia contractual y que viene a ubicarse en paralelo con las normas generales de contratos, por lo que no es arbitrario situar al Reino Unido en este mismo grupo de países. Pues bien, entre otros problemas, en los sistemas dualistas se ha planteado la posible situación «concurrential» entre las normas del Código de consumo y las generales del Código civil –o las contractuales generales donde quiera que estas se encuentren– en aquellas situaciones en las que una misma cuestión es a la vez regida por uno y por otro y donde no siempre dicha concurrencia está jurídicamente organizada<sup>63</sup>.

En otros casos, sin embargo, el derecho contractual de consumo se integra, con mayor o menor intensidad, bien en el cuerpo del Código civil, como es el conocido caso del BGB o el todavía más reciente de la República checa (2012), o bien en un código unifica-

<sup>60</sup> Modelo dualista o de «cohabitación» en término usado por PAISANT, G., «La transposition, en France, de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation», en *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 227-246, espec. 237.

<sup>61</sup> Cf. la Ordonnance n.º 2016-301, de 14 de marzo de 2016, relativa a la parte legislativa del Código de consumo francés, y su *rapport* explicativo, ambos publicados en *JORF* de 16.03.2016.

<sup>62</sup> CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 120.

<sup>63</sup> PAISANT, 2015, p. 131, poniendo algunos ejemplos específicos del Derecho francés. Por su parte, en los textos del *Consumer Rights Act* británicos se incluye el «impact of existing legislation» que puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes/division/2/5>.

do, opción que han tomado, entre otros, Holanda o de Argentina. Esta toma de postura por la «absorción» o «integración» de las normas de consumo en los Códigos generales ha sido considerada intelectualmente más coherente, tanto en lo referente a los conceptos, como en los objetivos y valores que el sistema jurídico trataría de alcanzar mediante la generalización de las reglas nacidas en el ámbito de las relaciones con los consumidores<sup>64</sup>. No se trata, con todo, de una solución exenta de problemas prácticos, como pone de relieve la experiencia alemana posterior a la ley de modernización en vigor desde 2002 la cual, como ya se ha dicho, optó por la solución más ambiciosa incorporando la mayor parte de las normas de protección de los consumidores al BGB, lo que en cierta medida ha hecho de este un texto mucho más vulnerable<sup>65</sup>.

Veremos más adelante que también en esta cuestión tanto el ordenamiento estatal español como el catalán presentan algunas notas de originalidad. Antes de entrar en ellas conviene describir, siquiera de modo somero, cuál es la en este momento la situación de la codificación del Derecho de obligaciones y contratos en España sobre la cual haré también alguna reflexión adicional.

## V. LA SITUACIÓN CODIFICADORA EN ESPAÑA

### 1. EL RECIENTE PASADO

El proceso de codificación o recodificación del Derecho español en materia de obligaciones y contratos cuenta en los últimos años con tres hitos fundamentales sobre los que es precisa alguna anotación: dos estatales y otro de ámbito autonómico, en concreto

<sup>64</sup> ZIMMERMANN, 2014, p. 23.

<sup>65</sup> La inicial mayoría doctrinal que apoyó esta solución, puesta de relieve en nuestra doctrina entre otros por CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 112, comienza a tambalearse como consecuencia, básicamente, de la influencia de la jurisprudencia dimanante del TJUE, dictada en materia de protección de los consumidores y destinada a repercutir con variantes diversas en el BGB, lo que obliga a dudas frecuentes y a su constante revisión jurisprudencial; paradigmática es la decisión del BGH Urt. V. 17.10.2012, «Kein Ersatz der Aus- und Einbaukosten bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern», *NJW* 2013, pp. 220-223, en la que el alto tribunal alemán se pronuncia en el sentido de que la interpretación conforme a la Directiva comunitaria 99/44 del § 439 Abs. 1 BGB, derivada de la sentencia TJUE se ha de limitar a las compraventas de consumo del § 474 BGB, y no debe extenderse a la compraventa entre empresarios o entre consumidores. La jurisprudencia del TJUE aludida es la dimanante de la sentencia de 16.06.2011, Asuntos acumulados C-65/09 (Gebrüder Weber GmbH y Jürgen Wittmer) y C-87/09 (Ingrid Putz y Medianess Electronics GmbH), cuya problemática puede consultarse en GARCÍA RUBIO, M. P., «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)». *ADC*, 2013-1, pp. 323-337.

catalán; a los tres dedicaré cierta atención de seguido, no sin antes advertir que el lector encontrará mayor detalle sobre los puntos aquí apenas pergeñados y las razones que me llevan a adoptar las principales posiciones que mantengo en otros trabajos que ya han sido publicado en distintos lugares<sup>66</sup>.

Como he dicho los textos de referencia son tres: (1) la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante PMCC), elaborada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y publicada en 2009<sup>67</sup>, que fue concebida con la pretensión de constituir el Derecho general de obligaciones y contratos español y además conformar las bases de las obligaciones contractuales a los efectos del artículo 149.1.8.<sup>a</sup><sup>68</sup>; (2) la Propuesta Código Mercantil, elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, presentado como Anteproyecto de ley en mayo de 2014<sup>69</sup> (APCM), texto elaborado con el propósito confesado de acabar con las veleidades de algunas Comunidades Autónomas y asegurar la «unidad de mercado», presuntamente amenazada, a través del expeditivo expediente de transformar en mercantil prácticamente toda la materia contractual; (3) finalmente en tercer lugar, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Proyecto de ley Libro VI del CCCat relativo a las obligaciones y contratos, sometido a información pública en julio de 2014, y publicado en el *BOPC* en febrero 2015<sup>70</sup>; iniciada la nueva legislatura, ha sido publicado de nuevo en el *BOPC* de 3 de marzo de 2016<sup>71</sup>; conviene advertir que de momento, a diferencia de lo que puede parecer por su rúbrica, este último texto consti-

<sup>66</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, vol. 1 (2014), (<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/46>); «La mercantilización del Derecho civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de Obligaciones y Contratos», *BOMJ*, Año LXIX, núm. 2178, mayo 2015, pp. 5-30; «Hacia un nuevo Código de Obligaciones y Contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación», en *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, E. Roca Trías (Dir.), M.<sup>a</sup> del Carmen Cazorla González-Serrano (Coord.), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 61-113 (en adelante citado como 2015 bis).

<sup>67</sup> Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>.

<sup>68</sup> Art. octavo de la PMCC, rubricado «Aplicación general de la reforma legal propuesta», a cuyo tenor «La presente ley se dicta en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución, por lo que será de aplicación general».

<sup>69</sup> Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>.

<sup>70</sup> *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, X Legislatura, n.º 505, 25.02.2015; sobre el anteproyecto, *El Llibre sise del Code civil de Catalunya: Anàlisi del Projecte de Llei, Materials des les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, 2015.

<sup>71</sup> *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, XI Legislatura, n.º 72, 03.03.2016.

tuye solo un primer paso en el proceso de elaboración diacrónico del mencionado libro VI<sup>72</sup>.

Ya he tenido ocasión de manifestar en otro lugar que de la simple enumeración realizada se puede deducir que la situación española no tiene parangón en el concierto comparado; los tres cuerpos legales mencionados, con los que se pretende construir el moderno Derecho de contratos español han sido elaborados por órganos distintos y sin ninguna coordinación entre ellos: respectivamente, por las Secciones Primera y Segunda de la Comisión General de Codificación y por los órganos técnicos de la Generalitat de Cataluña encargados de desarrollar el Derecho civil catalán. Con estos mimbres, el limen español de entrada en el Derecho de contratos de la segunda modernidad no parece, a primera vista, el más coherente y seguro.

Tampoco desde el punto de vista formal son textos del todo similares, aunque existen algunos puntos de contacto entre ellos. Aparentemente, desde esta perspectiva formal son más parecidos entre sí la Propuesta de nuevo Código Mercantil y el Proyecto catalán; para empezar porque ambos se formulan como códigos abiertos al modo holandés, lo que como antes dije, semeja más adaptado a estos tiempos líquidos que el tradicional modelo cerrado que sigue siendo el utilizado por la Propuesta de Modernización del libro IV del Código civil<sup>73</sup>. Además, tanto el mercantil como el catalán constituyen una obra que pretende ser tendencialmente completa en relación con ámbito que acotan (con matices en el caso del Código Mercantil), integradora de toda la materia, o mejor sería decir, la parte más característica de esa materia, mientras que, por el contrario, la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos del CC español se limitó a la parte general

---

<sup>72</sup> Señala la Exposición de Motivos del Proyecto, que «L'objecte d'aquesta llei és establir l'estructura del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, aprovar-ne la regulació del contracte de compravenda i de permuta, la modificació i la incorporació de contractes regulats en lleis especials i substituir la Compilació del Dret civil de Catalunya, d'acord amb la previsió que es fa a l'article 3 f) de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del codi civil de Catalunya». A continuación la propia Exposición de Motivos explica la que se sigue el modelo de código abierto de formación sucesiva y que se ha optado por una estructura mínima que puede ser necesario completar más adelante. De momento el libro VI se estructura en tres títulos, el primero relativo a las disposiciones generales se reserva para la regulación de las partes generales de la obligación y del contrato, teniendo en cuenta los principios que informan la contratación con consumidores. El título segundo se dedica a las fuentes contractuales y ha de contener los diferentes tipos contractuales y el título tercero se refiere a las fuentes no contractuales de la obligación.

<sup>73</sup> CARRASCO PERERA, A., refiriéndose en concreto al CCCat, estima que al tratarse de un Código abierto por definición está llamado a no estar nunca concluido («La codificación civil catalana. Competencia y optimización», en *La Codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Florensa, C. E. (Dir.), Fontanelles, J. M. (Coord). Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011, pp. 29-44, espec. p. 30.

y a unos cuantos artículos relativos al contrato de compraventa. Sin embargo, es importante reseñar que mientras el Código Mercantil se mostró globalmente como un todo, el Libro VI del CCCat sigue el procedimiento de elaboración del propio CCCat<sup>74</sup>, de suerte que en puridad el carácter íntegro o completo es un *desideratum* que será logrado de modo progresivo y por etapas<sup>75</sup>, lo que no deja de ser también una estación más en el camino de la modernidad líquida, en la que cuenta más el flujo del tiempo, que el espacio destinado a ser ocupado por la nueva obra<sup>76</sup>.

En lo que respecta a sus respectivos contenidos, los tres textos indicados presentan tanto notables diferencias, como algunas concomitancias. De las primeras hay de destacar, sobre todo, su diferente ámbito normativo: la parte general relativa a las obligaciones y contratos, más algunas normas sobre la compraventa, en la PMCC; una parte sustancial, aunque no todo, de lo que se conoce como Derecho mercantil y, por añadidura, una pléyade de normas de obligaciones y contratos que nunca han sido considerados como pertenecientes al Derecho mercantil en el PCM; a su vez, de forma provisional y con el horizonte de ir completándose en el futuro, el mencionado en el Proyecto de Libro VI del CCCat apenas incluye una nueva normativa sobre el contrato de compraventa, acompañada de la «recodificación» de ciertas leyes especiales sobre algunos contratos que estaban ya regulados en el ordenamiento catalán.

Entre las concomitancias, no se puede desconocer la inspiración que los tres reciben de algunos de los textos internacionales y comparados a los que antes hemos hecho mención, inspiración que, como ya se indicó, afecta a todos los códigos estatales modernos en la materia; sin sombra de duda, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y sus derivados europeos e internacionales han iluminado también a nuestros prelegisladores a la hora de formular buena parte de las normas incluidas en los textos referidos. Sin embargo, no es menos cierto que en muchos casos los tres Proyectos se han elaborado tomando opciones opuestas en temas claves de política jurídica (como la distribución competencial territorial y material, por citar los dos más rele-

---

<sup>74</sup> Diseñado en la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código civil de Cataluña. En realidad, uno de los principales objetivos de este Proyecto de Libro IV, como ya he anticipado, es «establecer la estructura del libro sexto» y aprobar algunos, que no todos, de sus contenidos.

<sup>75</sup> Reconocía MARTÍN CASALS, M., «El llibre VI del Codi civil de Catalunya», en *La Codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Florensa, C. E (Dir.), Fontanelles, J. M. (Coord). Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011, pp. 491-509, espec. p. 491, que ciertamente esta metodología puede comportar desajustes, pero es la única que permitía tener un Código civil desde el primer día, sin tener que esperar la aprobación de todos sus libros.

<sup>76</sup> BAUMAN, 2004, p. 8.

vantes), o en determinadas cuestiones concretas (inclusión o no de los deberes precontractuales de información, entre otros); sin embargo, en ocasiones parecen repetir, no sin matices, algunas opciones técnicas (por ejemplo, en materia de conformidad en la compraventa, precisamente por la común inspiración antes indicada), mientras que en otras toman caminos radicalmente encontrados sin ninguna justificación como sucede, por ejemplo, en ciertos puntos relativos a los servicios o la cláusula *rebus*.

Vuelvo aquí a plantear la cuestión antes aludida referente al encaje del Derecho contractual de consumo en los textos descritos, punto en el que cada uno de los tres cuerpos legales hace su propia apuesta. La Propuesta de Modernización del Código civil optó en su momento por la solución parcialmente integradora, siguiendo en alguna medida el modelo reformista adoptado por el BGB en 2002<sup>77</sup>: se respeta la existencia de una ley especial de protección de consumidores más o menos completa (en nuestro caso, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), pero se integrarían dentro del Código civil algunos de los principios y reglas que la inspiran y que son susceptibles de generalización tanto a las relaciones intersubjetivas B2C como a las C2B, o incluso a las B2B en aquello que no sea específico de estas, ámbito que sería el reservado para las normas especiales propias de Derecho mercantil<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> No lo estima así, CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 99, quien considera que la PMCC optó por una solución de integración solo parcial y puntual, a diferencia del BGB que apostó por una integración total.

<sup>78</sup> El tema es tratado con un cierto pormenor en el punto IX de la Exposición de Motivos de la PMCC de 2009 cuando dice «Singulares dificultades ha producido, en la concepción y redacción del presente borrador de anteproyecto de ley, la relación del moderno Derecho de obligaciones y contratos con las incesantes normas aparecidas en los últimos veinte o veinticinco años en la materia que hoy se conoce como Derecho de Consumo y, en particular, con el régimen jurídico de los contratos con consumidores. No puede desconocerse que estas regulaciones modernas significan un cambio en los puntos de vista de valoración de determinadas circunstancias que alteran en profundidad el Derecho tradicional. Ante ello puede el legislador adoptar dos posibles posturas. De acuerdo con la primera, todas las normas relativas al Derecho de Consumo, cualquiera que sea su procedencia, y cualquiera que fuera su trascendencia, como pertenecientes a un Derecho especial, deben subsistir en leyes especiales y el Código civil todo lo más que puede hacer es realizar una somera remisión a tales normas, del tipo de las que los codificadores de 1889 realizaron a tantas leyes especiales. No puede ocultarse que este tipo de solución sería preferida por los especialistas en la materia que profesan lo que algún autor llamó la “especialización científica” y considerada como una intrusión en un cuerpo de leyes, por mas que estos últimos tengan vocación de universalidad y penetren en la materia que desean monopolizar. La segunda posibilidad es recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales, que tienen su origen en directivas europeas y que han sido luego incorporadas a leyes españolas, realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor. En este punto, como en otros, el anteproyecto se alinea con la ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones y como ella ha preferido recoger el conjunto de normas sustanciales reguladoras de la susodicha materia».

Sin embargo, la presentación en su día de la Propuesta de Código Mercantil y el posterior Anteproyecto supuso un giro de ciento ochenta grados en este planteamiento, al convertir como por encanto las relaciones entre empresarios y consumidores (B2C) en materia mercantil. De esta suerte, aun manteniendo la singularidad del TRLGDCU, el propio Código Mercantil pensado en clave de relaciones B2B (mejor dicho, OP2OP, entiendo por OP «operador de mercado») se autoproclamaba supletorio de aquella (art. 001-5 APCM)<sup>79</sup>, dejando reducida la materia civil a las mucho menos relevantes relaciones entre dos sujetos privados sin atributos, que en ningún caso serían operadores del mercado. La franca contradicción intrínseca de este planteamiento<sup>80</sup>, que hemos denunciado muchos autores en varias sedes, queda solo aquí apuntada. No voy a detenerme en las numerosas fallas de este punto de vista adoptado por el APCM que, además de carecer de referentes entre los modelos comparados, a día de hoy contradice el propio TRLGDCU, cuyo artículo 59.2.1 TRLCU<sup>81</sup> remite, según la mejor doctrina, al Derecho general civil y no al especial mercantil<sup>82</sup>.

Pero también en este tema concreto la experiencia catalana tiene su propio recorrido. M.<sup>a</sup> Rosa Llácer pone de relieve cómo el planteamiento del legislador catalán resulta a la postre totalmente incompatible con el autor del Anteproyecto de Código Mercantil<sup>83</sup>, pues el primero en ningún momento ha dudado de la «civildad» de las reglas contractuales de consumo, que ella también reivindica<sup>84</sup>:

<sup>79</sup> En la Exposición de Motivos del ACM (I-34) se dice exactamente: «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».

<sup>80</sup> Único en el entorno jurídico más o menos próximo, con la única excepción, que yo conozca, de la ley colombiana de 2011, Ley n.º 1480 Estatuto del Consumidor, que remite al Código de Comercio como supletorio, sin excluir el Código civil al que alude como Derecho supletorio de segundo grado (art. 4.º, párrafo 4).

<sup>81</sup> Según el cual «*Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos*», texto modificado por el apartado 2 por el art. único.10 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, sustituyendo al que decía «*Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*».

<sup>82</sup> «La codificación del Derecho contractual de consumo como especialidad civil», en LLÁCER MATA CÁS, M.<sup>a</sup> R (Coord.), *La Codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 49-89, espec. pp. 59 y 60.

<sup>83</sup> LLÁCER MATA CÁS, 2015, p. 51.

<sup>84</sup> LLÁCER MATA CÁS, 2015, p. 53, «El derecho civil no se restringe a las relaciones económicas entre particulares (como si fueran ajenas al mercado) sino que regula todo el

destaca cómo la Ley 22/2010 de 20 de julio, del Código de consumo de Catalunya es una ley transversal, como lo es el propio Derecho de consumo, que contiene multitud de principios y disposiciones de naturaleza civil. Esta naturaleza es argumentada por la autora desde distintas perspectivas, tanto subjetivas como objetivas, que además confirma en el texto de las propias normas catalanas (supletoriedad de la ley civil general reconocida en los arts. 121.1 CConsCat y 211.1 CConsCat). Por añadidura, la opción del Proyecto de Libro VI es la de incorporar parcialmente la especialidad que representa el derecho contractual de consumo en el Código civil de Cataluña<sup>85</sup>, pero manteniendo un buen número de disposiciones contractuales civiles en el Código sectorial, el cual también regulará otras materias no civiles que convergen en el Derecho de consumo<sup>86</sup>.

Como resumen de este punto relativo a la relación de los proyectados nuevos Códigos con el Derecho de consumo, la falta de consistencia entre los tres textos prelegislativos que venimos analizando es, al igual que en otros muchos puntos, bastante evidente. La incoherencia del que difícilmente se puede denominar «sistema español de obligaciones y contratos» es en esta materia relativa a la incardinación del Derecho contractual de consumo en el conjunto, como lo es en tantas otras, notable. Como también lo es la levedad de los argumentos que avalan desde el punto de vista científico algunas de las opciones, así como su capacidad adaptativa a exigencias no propiamente jurídicas, todo lo cual nos sitúa claramente en un marco propio del Derecho líquido.

## 2. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y REFLEXIÓN FINAL

En la última parte de este trabajo vuelvo otra vez sobre la singularidad que presenta en el marco comparado el Derecho español por lo que atañe a la codificación del Derecho privado y, más en concreto, del Derecho de obligaciones y contratos; pues, como se

---

estatuto jurídico del particular, tanto desde la perspectiva unilateral como «relacional», es decir, en sus relaciones con los demás».

<sup>85</sup> Así se recuerda varias veces en la Exposición de Motivos del Proyecto de Libro VI, donde se anticipa que el título primero –se entiende que cuando se elabore– relativo a las disposiciones generales, tendrá en cuenta los principios que informan la contratación que afecta a los consumidores. Ya en lo que afecta al título segundo, y en concreto a la regulación de la compraventa que recoge el Proyecto, la misma Exposición de Motivos señala que se pretende realizar una regulación unificada del contrato, sin establecer dos textos paralelos, uno para la compraventa general y otro para la compraventa de consumo, respectivamente; con ello se promueve una interpretación integradora de la compraventa, sin perjuicio de las normas contenidas en el Código de Consumo de Cataluña.

<sup>86</sup> LLÁCER MATA CÁS, 2015, p. 61.

ha puesto de manifiesto, lejos de alcanzar un punto de encuentro similar al conseguido en los Derechos alemán, francés o holandés, en nuestro caso atesoramos tres textos preparatorios que disputan su alcance no solo territorial (estatal/autonómico), sino también material (civil/mercantil). Aunque no sabemos a ciencia cierta si lo hacen con la pretensión inconfesada de entrar en aquella competencia a la que en páginas anteriores tuve ocasión de aludir<sup>87</sup>, no cabe duda de que al menos desde la perspectiva dialéctica tal competencia resulta inevitable.

Son de sobra conocidas por el lector las razones que nos han llevado a esta situación y los problemas técnicos y políticos que, como si de un bucle infinito se tratara, de ella derivan y de ella traen causa. Tampoco me voy a demorar en analizar esas razones, ni en explicar mi parecer que ya he tenido ocasión de exponer en varios lugares a los que aquí hago ahora remisión<sup>88</sup>. Me centraré en dar mis impresiones en torno al futuro inmediato de la codificación del Derecho contractual en España, para finalizar con algunos trazos gruesos sobre el futuro de la idea de código y de codificación, así como su adaptación o no a los tiempos de la modernidad líquida, tantas veces apuntados.

Para abordar esta parte final conviene recordar que los tres textos que hemos mencionado están en estos momentos no sé si muertos pero, cuando menos, cabe pensar que son proyectos «zombis» en el sentido acuñado en 1999 por el ya citado Ulrich Beck, quien hablaba de la existencia en la segunda modernidad de categorías zombis y de instituciones zombis, esto es, que están a la vez muertas y todavía vivas, citando como ejemplos ilustrativos la familia, la clase, o el Estado-nación<sup>89</sup>. No voy a responder todavía a la cuestión de si el propio concepto de «código» ha pasado a ser una categoría zombi. Lo que es poco discutible es que algunos de los tres textos de los que venimos tratando sí pueden serlo aunque, para ser totalmente honesta, no puedo afirmar que estén a la misma distancia del Averno definitivo.

El texto más cercano al abismo parece ser la Propuesta de Modernización del Libro IV del Código civil español, que no pasó

---

<sup>87</sup> Competencia en este caso entre códigos, incluso dentro de un mismo ordenamiento.

<sup>88</sup> Citadas en la nota 66.

<sup>89</sup> BECK, U., *Libertad y capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, trad. B. Moreno, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 14 ss., denomina zombis a ciertos conceptos que, aunque alguna vez tuvieron vida, sobreviven en nuestros días sólo como sombras lingüísticas, sin contenido preciso ni márgenes claros, incapaces de clarificar el debate y por tanto de orientar la acción. «Soberanía», «clase», «nación»... todas esas expresiones albergaron en su día un significado exacto, pero hoy se encuentran lejos de proporcionarnos un utillaje teórico eficaz.

de esa fase y que, por tanto, ni siquiera inició su aventura parlamentaria al no haber obtenido el necesario apoyo político; se trata de un proyecto que a pesar de su indudable valor técnico, como ya he tenido ocasión de manifestar en otro lugar, duerme un sueño que, si todavía no cabe considerar eterno, si es ya demasiado prolongado para ser calificado de reparador<sup>90</sup>. Un poco más consiguió avanzar en su camino el Anteproyecto de Código Mercantil, si bien la fuerte oposición generada por el acaparador concepto de lo mercantil tanto desde organismo técnicos (Consejo de Estado) y políticos diversos, como desde un importante sector del mundo académico y práctico, coincidió con un oportuno fin de la legislatura que nos vuelve a situar en un punto de partida tan incierto como todo lo que caracteriza el momento presente. Por su parte, como ya anticipé, el Proyecto de Libro VI del CCCat ha comenzado de nuevo su nueva andadura parlamentaria el pasado mes de marzo de 2016 y, con el margen de error que siempre tiene cualquier previsión, parece probable su final aprobación en los próximos meses.

Volviendo al ámbito estatal, a simple vista existen algunos indicios demostrativos de que se desea retomar el tema codificador con nuevos bríos, e incluso insuflar nueva vida a la idea de la «recodificación» o «neocodificación», particularmente del Derecho de obligaciones y contratos. La aprobación de unos nuevos Estatutos de centenaria Comisión General de Codificación por Real Decreto 845/2015, de 28 de septiembre, seguida de la incorporación de nuevos miembros a sus cinco nuevas o renovadas Secciones, entre ellas la Primera de Derecho Civil parecen situarnos en la senda de su relanzamiento como vehículo técnico adecuado para acometer la labor codificadora, también en la materia patrimonial que aquí nos ocupa<sup>91</sup>. Sin embargo, no dejan de existir recelos, ya inmediatos; baste señalar que la propia página web que presenta a la Comisión General de Codificación lo hace con un párrafo donde se dice «A pesar de que el término codificación parece llevarnos al pasado, frente a la profusión y celeridad normativa de nuestros días, que ha conllevado precisamente una descodificación de nuestro ordenamiento, la Comisión General de Codificación es un órgano vivo, presente en buena parte de las iniciativas legislativas de los últimos años y con tareas importantes que afrontar en los próximos años como es la actualización de nuestro Código Civil en prácticamente

<sup>90</sup> GARCÍA RUBIO, 2015 bis, p. 66.

<sup>91</sup> Los Estatutos definen a la Comisión General de Codificación como «el órgano superior colegiado de asesoramiento al Ministro de Justicia al que corresponde, en el ámbito de las competencias propias del departamento ministerial al que está adscrito, la preparación de los textos prelegislativos y de carácter reglamentario y cuantas otras tareas se le encomienden para la mejor orientación, preservación y tutela del ordenamiento jurídico».

todos sus libros»<sup>92</sup>, lo que es poco menos que la asunción de una derrota antes incluso de haber librado la batalla<sup>93</sup>. Parecería que la propia Comisión General de Codificación considera la propia idea de «código» como una categoría muerta, pero todavía viva: en definitiva, una categoría «zombi»; no en vano procede, como las apuntadas por Beck, de nuestro horizonte vivencial del siglo XIX<sup>94</sup>.

Por mi parte no soy tan pesimista. Estoy entre quienes piensan que la idea de «código» sigue siendo una categoría plenamente viva y perfectamente útil en la segunda modernidad<sup>95</sup>, si bien soy consciente de que hoy codificar ni representa lo mismo que en el siglo XIX, ni la palabra «código» posee el significado unívoco que tuvo en su tiempo más genuino, siendo hoy mucho más polivalente y difícil de concretar. Baste señalar que el Código ya no puede identificarse con el Estado-nación y que junto a códigos estatales pueden concurrir otros de ámbito transnacional o incluso, según ciertas opiniones, ya cabe atisbar en el horizonte algún código de ámbito mundial<sup>96</sup>.

Por lo que atañe al ordenamiento español, no comparto la idea de que tengamos que hacer en nuestro país una «recodificación» general de todo el Derecho (privado) al modo decimonónico. La sociedad de nuestro tiempo, que no está interesada en ser fijada en el espacio y circula a vertiginosa velocidad por el tiempo, ni reclama este modelo, ni lo hace siquiera conveniente<sup>97</sup>. No obstante, aunque sólo sea para situarnos en posición de igualdad con nuestros homólogos europeos en ese «mercado de ordenamientos» varias veces mencionado, sí me parece necesario elaborar un texto legislativo que ponga al día nuestro Derecho en aquella parte más ligada a la actividad económica, esto es la dedicada a las obligaciones y contratos, tal y como se ha hecho en muchos de los países de nuestro entorno. Reitero que este nuevo texto no se debe identificar

<sup>92</sup> <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/quienes-somos>.

<sup>93</sup> En esa misma página, en relación con la última renovación se puede leer que respetando en sus líneas generales la estructura de la Comisión General de Codificación, los Estatutos proceden a actualizar y agilizar su funcionamiento para el cumplimiento más eficaz de sus cometidos, sin merma del rigor que debe presidir su actuación, se acentúa la independencia y el carácter estrictamente técnico de la función de los vocales, y se actualiza la regulación del Archivo de la Comisión General de Codificación.

<sup>94</sup> BECK, 2002, p. 14.

<sup>95</sup> GARCÍA RUBIO, 2015 bis, pp. 95 ss; También lo considera así CAÑIZARES LASO, A., «Hacia una recodificación», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.ª C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 49-60.

<sup>96</sup> ZÉNATI-CASTAING, 2011, pp. 373 ss.

<sup>97</sup> La modernidad sólida planteaba que la duración eterna era el motor y el principio de toda acción; en la modernidad líquida, la duración eterna no cumple ninguna función. El corto plazo ha reemplazado al largo plazo y ha convertido la instantaneidad en ideal último (BAUMAN, 2004, p. 134).

totalmente con el modelo histórico del código de la primera modernidad, sino que ha de caracterizarse, en palabras de N. Irti, por su reducción cuantitativa y su exaltación cualitativa<sup>98</sup>; lo primero, porque la idea del carácter completo como tratamiento exhaustivo que agota la materia codificada es sencillamente un imposible y, por tanto, tal pretensión debe ser abandonada y sustituida por la más realista que identifica lo completo con el cumplimiento de tres características: la inexistencia de lagunas, la sustitución total de las viejas normas generales por las nuevas y la exaltación de estas como el nuevo epicentro del sistema<sup>99</sup>. Precisamente esta última característica supone la referida exaltación cualitativa, que cohesta también básicamente con lo que he llamado en otro lugar «función principista» propia de los genuinos códigos<sup>100</sup>.

Este código podría ser de obligaciones y contratos siguiendo el modelo suizo<sup>101</sup> o ubicarse en la parte correspondiente del Código civil, al modo del BGB alemán tras su reforma de 2002<sup>102</sup>. Las normas en él incluidas habrán de estar inspiradas en los modelos del moderno Derecho comparado tantas veces mencionados, donde se contienen las pautas germinales de un Derecho de contratos globalizado<sup>103</sup>; además, tendrán que superar la diferencia civil/mercantil como hacen esos mismos modelos<sup>104</sup> y, a ser posible, debe-

<sup>98</sup> IRTI, N. «Appunti introduttivi a seminario sui codici», *Gir. It.*, 2001, pp. 649-652, espec. p. 650.

<sup>99</sup> ZIMMERMANN, 2014, p. 13.

<sup>100</sup> GARCÍA RUBIO, 2015 bis, p. 96.

<sup>101</sup> Respecto de lo cual conviene recordar la reflexión de RESCIGNO, P., «Il libro delle obbligazioni tra modernizzazione e riforma», *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 33 ss; posteriormente publicados *Codici. Storia e geografia de un'idea*, a cura e con una nota de F. Caggia, Lecce, Laterza, 2013, pp. 110-121, para quien (p. 114) «la unidad del Derecho privado codificado no se contradice en un sistema jurídico –cuyo ejemplo más importante es el de la confederación helvética– en el cual el derecho de las obligaciones formalmente está consignado en un cuerpo normativo separado del código civil, pero forma parte de un único diseño total. El *Obligationenrecht* suizo es en sustancia parte del derecho privado codificado, del que el código civil ocupa la parte más extensa desde el perfil cuantitativo, pero no por su contenido porque el derecho patrimonial imperante encuentra sus propias reglas en el Derecho de obligaciones».

<sup>102</sup> Pues como ya mantuve en GARCÍA RUBIO, 2014, p. 21, «El papel central que ha cumplido y cumple el Código civil en el sistema de Derecho privado ni puede, ni debe ser abandonado, pues sin duda constituye la sede adecuada para cobijar las categorías técnicas y las reglas generales del sistema que constituyen la síntesis de nuestra cultura jurídica y a las que habrá de acudir desde cualquier otro sector del ordenamiento como firme sostén de la coherencia y la continuidad del mismo».

<sup>103</sup> Como nos recuerda MORALES MORENO, A. M., en su Presentación a la traducción española del DCFR, la propia Ley de Bases del Código civil español de 1889 (Base 20), establecía el mandato de redactar sus reglas generales según «los principios consagrados por las legislaciones modernas»; añade el autor citado que ese mandato sigue vigente, pues el derecho de contratos, en sus aspectos básicos, no puede ser diverso; plasma unos principios que encuentran su justificación en una racionalidad compartida por las «legislaciones modernas», en el lenguaje de nuestro legislador del siglo XIX [*Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia*, JEREZ DELGADO, C., (Coord.), Madrid, BOE, 2015, p. 24].

<sup>104</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F., pp. 40 ss.

rán incluir parcialmente las reglas de naturaleza privada de protección de los consumidores que reflejen preocupaciones y objetivos de política jurídica de alcance general, entre los que destaca el apuntado cambio de paradigma del modelo contractual liberal por otro más inspirado en la idea de justicia social. Desde luego comparto la idea, ya antes anticipada, de que el Derecho de consumo en sus aspectos privados es Derecho civil y en ningún caso mercantil. Estimo por todo lo dicho que los hipotéticos nuevos Códigos civiles, estatal y catalán, deberían acoger en su seno aquellas normas nacidas en el seno de las relaciones B2C susceptibles de generalización, que pasarían así a ser normas comunes<sup>105</sup>; en el Código mercantil –o en su caso en las normas *ad hoc* dentro del Código unitario de obligaciones y contratos– quedarían únicamente las reglas contractuales especiales, que lo serían precisamente por ser únicamente aplicables a las relaciones B2B. Creo, sin muchas vacilaciones, que es la solución que mejor garantiza la coherencia del sistema de derecho contractual.

Con el planteamiento descrito estaríamos ante un verdadero Código civil en el sentido propio o fuerte del término: con un destacado componente innovador, en el que estarían fijados los principios informadores del sistema jurídico patrimonial y con vocación, ya no de perennidad, pero sí al menos de coherencia y permanencia. Lo que no podría ser, por las razones obvias que venimos recordando a lo largo de todo el trabajo, es un «código revolucionario» en el sentido de creador de un orden nuevo destinado a sustituir el precedente, pues volvemos a recurrir a Bauman para recor-

---

<sup>105</sup> No veo pues el interés en mantener *tout court* la diferencia, una vez incorporadas al Código civil, entre normas generales y normas comunes que, en cambio, sí contempla LLÁCER MATA CÁS, 2015, pp. 62 ss. cuando afirma «Son generales las normas civiles aplicables a cualquier persona sea cual sea su calificación mientras que [...] las que especifican el estatuto del consumidor –especiales– adquieren carácter común cuando se incorporan al Código». Tal vez lo que la autora promueve es una incorporación al Código civil de las normas contractuales de consumo en su conjunto (reglas y principios), o de la mayoría de ellas; por el contrario, mi punto de vista es que, como regla, solo se incorporen las que sean susceptibles de generalización y solo en casos muy puntuales y por razones de utilidad o visibilidad, se pongan en el código reglas especiales que sólo afecten a las relaciones B2C. Reconozco que esta mayor amplitud de la «recepción» por el Código civil del las normas contractuales de consumo tiene en Cataluña alguna justificación adicional que también es puesta certeramente de relieve por LLÁCER MATA CÁS, 2015, pp. 64-65; así, según el art. 111-4 CCCat tienen carácter común «las disposiciones de este Código», es decir, del civil; no es el caso del Código de consumo, que no tiene el carácter de «común» y por tanto carece de la función de supletoriedad y de cierre que el art. 111-4 CCCat atribuye al derecho común. Así pues, resalta la autora, la ubicación de la norma de consumo en el Código civil no sólo resuelve una evidente opción de sistematización; también completa una cuestión de cierre del ordenamiento con la aplicación del derecho común. Todo ello además en coherencia con el art. 3 f de la Ley 29/2002 en la que se hace el diseño completo del CCCat y que incluye la contratación con consumidores en el Libro VI de este mismo Código.

dar que la tarea de construir un nuevo orden mejor para reemplazar al viejo y defectuoso no forma parte de ninguna agenda actual<sup>106</sup>.

Como también he defendido en ocasiones precedentes, para que el nuevo texto gozase de la suficiente estabilidad y no sufriera constantes alteraciones y cambios al hilo de cualquier decisión política o de los impredecibles avatares económicos de este tiempo tan fluido, el nuevo código podría y hasta debería concurrir con leyes especiales relativas a cuestiones más singulares y cambiantes, como pudieran ser, entre otras, aquellas partes de la protección a los consumidores más relacionadas con las decisiones administrativas y con los aspectos de Derecho privado de índole coyuntural<sup>107</sup>. Podrían existir también leyes especiales para ciertos contratos, como los arrendamientos urbanos o rústicos, el préstamo, u otros que están más al socaire de la realidad económica; sin embargo, los tipos básicos como la compraventa y la donación debería estar en el nuevo código general. La coherencia del sistema reclamaría que las leyes especiales mencionadas fueran de naturaleza complementaria o integrativa de las normas del código y en la medida de lo posible, se debería evitar la promulgación de leyes «descodificantes», en el sentido de que sus criterios de regulación fuesen opuestos a los principios básicos establecidos en el texto codificado<sup>108</sup>, aunque soy consciente de que a veces no sería posible prescindir de ellas.

Mientras la norma constitucional no cambie<sup>109</sup> entiendo también que ese nuevo Código debería contener las bases de las obligaciones contractuales mencionadas en el tantas veces perturbador artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE<sup>110</sup>, bases que por imperativo de la ley fundamental son de competencia estatal y suponen un límite externo

<sup>106</sup> BAUMAN, 2004, p. 11.

<sup>107</sup> Como podría ser, se me ocurre, el contenido concreto del deber precontractual de información para un determinado tipo de contrato.

<sup>108</sup> IRTI, 2001, p. 650, sobre ambos tipos de leyes especiales.

<sup>109</sup> La supremacía de la norma constitucional impone su necesario respeto por el legislador, lo que no impide el cuestionamiento de una concepción del ordenamiento tan sometida a la Constitución que termine por encajonar la virtualidad de la ley democrática, como muy bien explica LAPORTA, 2007, pp. 219 ss., quien apunta «La objeción democrática formulada como una reivindicación de competencias para el legislador cotidiano tiene que servir de aviso constante frente a las tentaciones de amparar bajo la rigidez constitucional aspectos de la vida colectiva que no merecen hurtarse a la voluntad de la mayoría». No me cabe duda de que este del reparto competencial en materia de obligaciones y contratos es uno de esos aspectos, aunque tengo para mí que el actual debate sobre la conveniente, necesaria o incluso imprescindible reforma constitucional apenas se ocupa de estos aspectos centrados en las relaciones entre sujetos privados.

<sup>110</sup> De «complejo y descoyuntado» lo califica, GÓMEZ POMAR, 2015, p. 138. Para ROCA TRÍAS, E, Prólogo, en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.<sup>a</sup> C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, p. 17, un Código unitario de obligaciones y contratos podría cumplir con la exigencia constitucional derivada del art. 149.1.8.<sup>a</sup>, así como obtener la deseable equiparación al derecho europeo.

infranqueable por el legislador autonómico<sup>111</sup>. Entiendo que esas bases, donde han de hallarse los fundamentos comunes de toda la contratación privada y no solo de la civil, deberían ser concretadas de una vez por el legislador<sup>112</sup>. Por más que se trate de un concepto discutible<sup>113</sup> o incluso permeable<sup>114</sup>, el legislador estatal no puede seguir eludiendo su función y debe hacer todo lo posible por aclarar cuál es su contenido. Reconozco, no obstante, que los partidarios de una concepción más líquida del orden constitucional serán igualmente adeptos a una opción más «abierta y flexible», cual sería la de dejar el concepto en cuestión como está, es decir, en la indefinición; esta situación mucho más dúctil y maleable podría correr al socaire de las exigencias del concreto momento político, el cual iría decantando las respuestas normativas convenientes, instantáneas, y nunca definitivas<sup>115</sup>. Por más que cohoneste con la modernidad

<sup>111</sup> Para profundizar en el tema, *vid.* FOSSAS ESPADALER, E., «La competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales. Una aproximación constitucional», *RJC*, 2014-2, p. 357 y GARCÍA RUBIO, 2015 bis, pp. 95 ss.

<sup>112</sup> Hago totalmente mías las palabras de GONDRA, J. M.<sup>a</sup>, «La deconstrucción del concepto de Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a las Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, octubre-diciembre 2013, pp. 27-51, espec. p. 48, cuando afirma «Pretender a estas alturas, retomar la senda de aquellos primeros códigos de comercio, que abrieron brecha en el proceso de la codificación del Derecho privado, para intentar hacer pasar por Derecho mercantil lo que es Derecho común, mediante el simple expediente de su inclusión en un código que lleva esta etiqueta, resulta difícil de sostener y hace dudoso que pueda servir eficazmente al propósito último de asegurar la unidad del régimen jurídico del mercado. Creo que el artículo 149.1.8.º el Estado proporciona otra vía, ciertamente menos expeditiva, como es la competencia exclusiva atribuida al Estado sobre «las bases de las obligaciones contractuales» que, de forma mucho menos forzada, le permitiría alcanzar ese objetivo sin operar una deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil y, de paso, del Civil».

<sup>113</sup> BERCOVITZ, A., «Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2014, p. 40; FOSSAS ESPADALER, 2014, p. 361.

<sup>114</sup> OLIVENCIA, M., «Delimitación de la materia mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2014, p. 60.

<sup>115</sup> Solución como la que pudiera derivarse de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón precisamente frente al art. 20 del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; esta sentencia, si bien no se refiere directamente a la distribución competencial en materia civil, hace algunas apreciaciones de alcance general que afectan a nuestro afán y que no siempre son de fácil comprensión, como la de calificar en el nuestro ordenamiento como de «estructura compuesta» (Fdo. Jrdo. núm. 13). A los efectos que nos atañen la sentencia referida contiene afirmaciones como las siguientes (Fdo. Jrdo. 7): «el art. 149.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre una relación de materias (“materias siguientes”). Examinando la relación allí contenida, cabe resaltar dos aspectos. De un lado, que la competencia exclusiva del Estado se refiere a “materias” cuyo contenido sólo se enuncia, es decir, no se describe ni se delimita (por ejemplo, “relaciones internacionales”, “Defensa y Fuerzas Armadas” o “Administración de Justicia”: entre otras, STC 147/1991, de 4 de julio, FJ 4). De otro lado, la competencia exclusiva estatal se refiere en ocasiones a la totalidad de la materia enunciada en los términos generales descritos, pero en otros casos incluye sólo la “función” relativa a dicha materia, función que alcanza, o bien a la “legislación básica” (o “bases” o “normas básicas”), o bien a la “legislación”, siendo así que tampoco se determina el contenido o alcance de dichas funciones

líquida, no comparto esta postura, ya que pienso que los costes en términos de seguridad jurídica y certeza del Derecho, garantía de otras muchas cosas igualmente deseables, justifican sobradamente la solución más positivista, o si se prefiere menos «fluida».

Por su parte, el legislador catalán tiene todo el derecho, e incluso tiene el deber de completar su Código civil con el previsto Libro VI. Ha de hacerlo ejercitando sus competencias y respetando las estatales las cuales, vuelvo a repetir, mientras no cambie la ley fundamental, incluyen las bases de las obligaciones contractuales. La colaboración y el entendimiento entre el Estado y las CCAA con capacidad legislativa en materia de Derecho civil, en este caso muy especialmente Cataluña, es mucho más que deseable, es imprescindible.

No mantengo la misma opinión en relación con la necesidad de elaborar un Código mercantil, y mucho menos uno como el diseñado en el APCM de 2014<sup>116</sup>. En primer lugar, porque las dificultades de adaptación a la técnica codificadora de una rama del Derecho tan variable, mudable y de perfiles siempre difusos como es el Derecho mercantil ha sido puesta muchas veces de relieve por muchos y reconocidos autores<sup>117</sup>. Es claro que su especial sensibi-

(así, STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2». Añadiendo a continuación en ese mismo Fdo. Irdo.: «Es decir, la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no específica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquélla, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, sólo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción».

Si mal no comprendo lo que a modo de tobogán se va diciendo a través del farragoso texto –y que en otros puntos de la sentencia parecen desdecirse, o a menos minimizarse–, afirmaciones como las transcritas suponen que la Constitución, al enumerar las materias de competencia exclusiva estatal (o a las llamadas «funciones materiales»), lo hace a través de conceptos o términos que en buena medida podemos considerar vacíos o huecos, asumiendo la tesis de lo que la literatura especializada considera un sistema de distribución territorial básicamente «desconstitucionalizado». En lo que ahora nos afecta, el art. 149.1.8.º CE, tanto respecto a lo que sea «legislación civil», como a lo que sean cada una de las materias referidas en el llamado «núcleo duro» del precepto citado, y por tanto también las «bases de las obligaciones contractuales», sería una especie de norma en blanco cuyos contenidos concretos llenará el legislador ordinario, estatal y autonómico, y en definitiva el Tribunal Constitucional a través de la interpretación de la obra de ambos.

<sup>116</sup> Pues como he recordado en otro lugar, parafraseando a N. Irti, conviene tener presente que codificar no es solo poner cosas juntas, ni siquiera ponerlas juntas de manera más o menos ordenada; no se trata solo de unir un conjunto de normas diversas y dispersas a través de un vínculo extrínseco como puede ser la denominación de un concreto cuerpo legal como Código mercantil; codificar es, sobre todo, establecer el Derecho según una tabla de principios coherentes y estables algo que se cohonesto muy mal con el conjunto un tanto arbitrario de materias que componen los distintos libros del APCM, algunos de los cuales bien poco tienen que ver entre sí (GARCÍA RÚBIO, 2015 bis, p. 105).

<sup>117</sup> Muy significativas al respecto son las palabras de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «El Derecho mercantil como categoría dogmática», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Cizur-Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 45-51, quien afirma en p. 45 que «La evolución del llamado Derecho Mercantil como categoría dogmática parece encaminarse a lo que podría ser su fragmentación con la permanencia, si acaso, de sus subsistencia como categoría académica», añadiendo a conti-

lidad al proceso de inflación legislativa propio de nuestro tiempo<sup>118</sup>, su discutida unidad sistemática<sup>119</sup>, la inestable situación financiera, las exigencias de la Unión Europea de decisiva influencia en materias como las sociedades, los seguros o determinados tipos de contratos tradicionalmente calificados de mercantiles, así como las distintas normas públicas reguladoras, asemejan cada vez más lo que conocimos como Derecho mercantil a una especie de Derecho económico o Derecho del mercado, en el doble sentido de instituto jurídico y de instituto económico, que mezcla normas públicas y privadas que son también, por las mismas razones, inestables, sumamente mudables<sup>120</sup> y claramente refractarias a la idea clásica de código.

Nada obsta, desde luego, la elaboración de una serie de leyes generales sobre las materias más características incluidas tradicionalmente bajo el paraguas conceptual del Derecho mercantil, como ya sucede como la ley de sociedades de capital, ley de competencia desleal, ley de propiedad industrial, ley concursal, etc., que algunos pueden estar tentados a denominar con el término «código». Estaríamos entonces ante lo que se conoce como «códigos-consolida-

---

nuación «Es dudoso, en efecto, que haya algo «esencial y común» a todas las instituciones mercantiles que pueda referirse a todos y cada uno de sus componentes o sectores. Ciertamente, no parece que nos encontremos ante lo que se llama un *sistema* interno, es decir, un conjunto sistemático de principios, o una combinación de ellos que permita delimitar la «especialidad normativa» del Derecho mercantil, marcando sus diferencias respecto a otras ramas del Derecho privado. Lo que hoy entendemos por Derecho Mercantil es, en definitiva, un conjunto de instituciones enmarcadas en el Derecho patrimonial que tiene que ver más bien con el Derecho privado de la ordenación de la economía, o un Derecho privado de ordenación del mercado, pero que carecen, nos parece, de conexiones más específicas entre sí». También, en similar sentido, GONDRA, 2013, pp. 49 ss.

<sup>118</sup> En tal sentido, ALFARO, 2015, p. 21; también SÁNCHEZ-CALERO, J., «Diferentes enfoques de la regulación codificada. Mesa Redonda», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.<sup>a</sup> C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 149-161, quien en p. 158, afirma: «Los mercantilistas nos sentimos en alguna medida víctimas de un esfuerzo similar al de Sísifo: adaptamos nuestras leyes a las Directivas europeas y las estudiamos. Cuando estas nuevas leyes entran en vigor nos encontramos con el anuncio o incluso la promulgación de nuevas Directivas que anuncian próximos cambios de esa ley que acabamos de estrenar». Por el contrario, aboga por la utilización de la técnica codificadora para elaborar un unitario Código Mercantil, ALONSO LEDESMA, C., «Codificación y Derecho privado de obligaciones y contratos», en *Codificaciones y Derecho privado en el siglo XXI*, E. Roca Trias (Dir.), M.<sup>a</sup> C. Cazorla (Coord.), Madrid, 2015, pp. 27-48, espec. pp. 29 ss.

<sup>119</sup> ALFARO, 2015, p. 24, quien, citando a Aurelio Menéndez, entiende que 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

<sup>120</sup> Esta es otra de las razones por las que la parte más estable de las relaciones obligatorias y contractuales, que también ha de aplicarse en el campo mercantil, como el régimen general de las obligaciones, los contratos o la prescripción, ha de estar en el código civil y no en los cuerpos legales de estricto Derecho mercantil.

ción» en la doctrina italiana<sup>121</sup> o «códigos de derecho constante» en la literatura francesa<sup>122</sup>, técnica legislativa que otorga cierta estabilidad al continuo furor legislativo incontrolado, pero que no supone 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, aunque indudablemente de esas funciones derive también cierta renovación y reforma<sup>123</sup>.

Como síntesis final, estoy convencida de que sigue siendo útil y conveniente la idea de código, incluso –aunque no solo– aplicada al ámbito estatal. Pero se trata de una idea histórica y, por tanto, no tiene por qué identificarse totalmente con la propia de la primera modernidad, por más que fuera en ella donde tuvo su expresión más acabada y perfecta. Estimo, con todo, que no es hoy una categoría muerta, ni siquiera una categoría zombi. En su versión de código fuerte –como ha de ser el civil o, en su caso, el de obligaciones y contratos–, o en su versión débil o impropia –como códigos sectoriales y de derecho constante–, es un instrumento adecuado para mejorar la coherencia, previsibilidad y seguridad de un ordenamiento jurídico, también necesarias en la segunda moderni-

<sup>121</sup> Vid. la explicación histórica del binomio «*consolidazioni-codificazioni*», que N. Irti remonta a los años treinta del siglo pasado, y en concreto a un trabajo de M. Viora; señala el propio Irti que la consolidación recoge y simplifica un material dado: su diseño no es autónomo y creativo, sino que se pliega al modelo de las viejas leyes, no se propone como fuente de Derecho nuevo, mira al pasado, no al porvenir. Añade a continuación que se trata de dos categorías que no son lógicas, sino históricas.) y afirma que la consolidación aparece como técnica legislativa capaz de atribuir estabilidad a la corriente de normas especiales («*Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*», *Relazione svolta nel Convegno linceo sul cinquantenario del codice civile* (15-16 diciembre 1992); publicado también en IRTI, N., *Codice civile e società politica*, Roma, Laterza, 8.ª ed., 2007, pp. 71-83, que es la que he manejado).

<sup>122</sup> BRAIBANT, 1996, p. 97, vicepresidente que fue de la *Commission Supérieure de Codification* francesa (la presidencia le correspondía al Primer Ministro) oponía los dos grandes modelos de codificación: la innovadora o reformadora, cuyo prototipo era el *Code de Napoléon*, y la de derecho constante, a las que respectivamente denominaba también de *lege ferenda* y de *lege lata*, así como codificación corneliana, o del derecho que debe ser, y codificación raciniana, o del derecho que es, señalando que esta segunda era la acometida en Francia a partir de 1989. El mismo autor destaca que en sentido estricto el «*droit constant*» trata, como respuesta a los problemas generados por la inflación normativa, de reagrupar en códigos temáticos las leyes y los reglamentos en vigor, sin modificarlos o, por lo menos, aportando modificaciones menores y formales (2004, pp. 276 ss). Sin embargo, más adelante (BRAIBANT, 2004, p. 280) señala que este tipo de codificación no es un mero trabajo mecánico ni valorativamente neutral, poniendo a continuación un ejemplo que resulta especialmente oportuno en esta sede; dice el autor citado que el simple hecho de poner un texto en el código de consumo, en lugar de en el código de comercio tiene un significado, aunque todas las disposiciones del primero interesen al segundo y recíprocamente, y añade su explicación: el código de consumo es sobre todo un código de protección de los consumidores y el código de comercio es sobre todo un código de protección de los comerciantes.

<sup>123</sup> Como destaca, en la doctrina francesa, BEIGNER, 1996, p. 3. Para autores como ZÉNATI-CASTAING, 2011, p. 365, este tipo de codificación no sólo es extraña a la idea de la codificación moderna, sino que constituye el testimonio más evidente del fin de la era de los códigos modernos.

dad<sup>124</sup>. El Derecho necesita puntos de anclaje y la ley en su versión más depurada contenida en los códigos es, en nuestra tradición jurídica, un puerto seguro; ni siquiera en los tiempos líquidos que nos acometen deberíamos, como juristas, resignarnos a renunciar a «todo lo que era sólido»<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Pues como dice RESCIGNO, P., «Le prospettive di un diritto europeo ed uniforme dei contratti», *Riv. dir. civ.*, 1994 I, pp. 817 ss., y en *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma, Laterza, 2013, pp. 235-244, espec. p. 238, con palabras alusivas al caso italiano, pero perfectamente trasladables al español «en la tradición jurídica continental, a la que pertenece nuestra cultura (y la cultura francesa y alemana de la que somos deudores), el código ha representado el ejemplar modelo de racionalidad, de rigor conceptual, de coherencia sistemática».

<sup>125</sup> Emulando a MUÑOZ MOLINA, A., en su libro *Todo lo que era sólido*, Barcelona, Seix Barral, 2013.