

# Pasado, presente y perspectivas de la Codificación mercantil

SUMARIO: 1. La Codificación mercantil hasta los años 80 del siglo xx.-2. La modernización de la legislación mercantil en los años 80 del siglo xx.-3. El encargo de un nuevo Código mercantil.-4. La situación de partida que justifica la recodificación. -5. El movimiento codificador.-6. Las competencias legislativas en la Constitución.-7. Las exigencias de la unidad de mercado.-8. Características y contenido del nuevo Código mercantil.-9. Las dificultades para la redacción de un nuevo Código Mercantil.

## 1. LA CODIFICACIÓN MERCANTIL HASTA LOS AÑOS 80 DEL SIGLO XX

Son bien conocidos los orígenes de la Codificación Mercantil en España que dieron como frutos los dos Códigos de Comercio, de 1829 el primero y de 1885 el segundo, que es el Código que sigue actualmente en vigor. Importa destacar que la labor codificadora no se ha agotado con la promulgación de los códigos mencionados, sino que además la elaboración de esos textos legales fue acompañada de la creación por el Real Decreto de 19 de agosto de 1843 de la Comisión General de Codificación<sup>1</sup>, la cual subsiste en nuestros días, después de experimentar diversos cambios durante su larga existencia y que según los estatutos que rigen en estos momentos, aprobados por el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, tiene como primera de sus funciones «la preparación de la legislación codificada o general que expresamente le encomiende el Ministro

---

<sup>1</sup> *Vid.* Comisión General de Codificación (folleto), Madrid 1970, p. 3.

de Justicia» (art. 3.º de los Estatutos de la Comisión General de Codificación). Así pues, la evolución de la Codificación Mercantil se vincula muy especialmente a la labor realizada por la Comisión.

El texto del Código de Comercio de 1885 llegó casi intacto a los años 50 del siglo xx. Por supuesto, había habido intentos de reforma que no llegaron a ser promulgados. En particular, tuvo importancia el intento de modificación del Libro Segundo del Código del año 1926. Intento que fracasó rotundamente por los muchos defectos, que fueron duramente criticados por la doctrina<sup>2</sup>. Entre las críticas que se formularon, llama la atención que se diera a la Comisión para la redacción de un nuevo Libro Segundo del Código un plazo de tres meses<sup>3</sup>. Basta con tener en cuenta ese plazo realmente absurdo para comprender que el resultado no podía ser aceptable.

En los años 50 del siglo xx se produce una primera modernización de la legislación mercantil, bien es cierto que mediante la promulgación de leyes especiales, alguna de las cuales lo que hacía era sustituir, por un texto legal fuera del Código, disposiciones normativas que figuraban en el mismo.

En efecto, en los años 40 del siglo xx subsiste, volviendo a regularla legalmente, la Comisión General de Codificación<sup>4</sup>; pero junto a ella existe otro organismo que es el que va a producir los textos legales que suponen una modernización fundamental en determinadas materias con relación a lo que disponía el Código de Comercio. En efecto, la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, presidida por el maestro don Joaquín Garrigues, es la encargada de redactar los textos de los anteproyectos que dan lugar a dos leyes fundamentales, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953. Es importante tener en cuenta, que don Joaquín Garrigues que presidía la Sección de Justicia del Instituto formaba parte también de la Comisión General de Codificación.

La fase que podría considerarse siguiente en las tareas codificadoras tiene lugar en los años 70 del siglo xx, en los que se promulgan leyes, cuyos anteproyectos habían sido elaborados por la Comisión General de Codificación, que modificaban directamente algunas partes del Código de Comercio, concretamente se modifican los títulos II y III que regulaban el Registro Mercantil y la contabilidad de los empresarios respectivamente<sup>5</sup>. También, se cambia en esos años el régimen jurídico aplicable a la mujer casada comerciante, modificando por consiguiente los artículos del Código de Comercio que regulaban esa materia<sup>6</sup>.

Hay que destacar, que aun cuando las modificaciones mencionadas fueron elaboradas por la Comisión General de Codificación, su introducción en el texto del Código fue desde el punto de vista sistemático muy incorrecta, puesto

<sup>2</sup> Vid. N. PEREZ SERRANO, «La proyectada reforma del Código de Comercio», en *Revista de Derecho Privado*, Año XIII, núm. 158, 15 de noviembre de 1926, pp. 345 y ss.

<sup>3</sup> Vid. N. PEREZ SERRANO, *Ob. cit.*, p. 345

<sup>4</sup> Vid. Decreto Orgánico de 23 de octubre de 1953.

<sup>5</sup> Ley de 21 de julio de 1973, que modifica los títulos II y III del libro I del Código de Comercio.

<sup>6</sup> Ley 14/1975, de 2 de mayo.

que se incluían nociones que no se coordinaban con las partes del Código que permanecían inalteradas. En particular, ese planteamiento, que perjudicaba el carácter sistemático que debe tener un Código, resultaba de utilizar los términos «empresario mercantil», en lugar de la noción de «comerciante» que era la que aparecía y sigue apareciendo en el artículo primero del Código de Comercio.

Son esas las modificaciones más importantes experimentadas hasta el momento actual por el Código de Comercio de 1885, así como la inclusión de las normas sobre cuentas anuales y presentación de las cuentas de grupos de sociedades, que se incluyen también en el texto codificado, básicamente por la Ley de 1989 de «Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades».

Aun cuando el texto de esos artículos que se incorporan al Código habían sido preparados por la Comisión General de Codificación, su inclusión en el texto codificado supuso la incorporación al Código de un cuerpo de preceptos totalmente extraño al resto del articulado, puesto que hay que tener en cuenta que no parece lógico regular la contabilidad de los grupos de sociedades cuando el Código no regula a los grupos de sociedades y ni siquiera regula ya los distintos tipos de sociedades mercantiles.

En esa misma Ley de 1989 se incluyó en el texto del Código la regulación legal de las sociedades comanditarias por acciones, en los artículos 151 a 159. Tampoco respondía a una adecuada sistematización la inclusión de las normas aplicables a ese tipo de sociedades, por cuanto su régimen jurídico se vincula directamente con la regulación de las sociedades anónimas, cuya regulación legal estaba fuera del Código de Comercio.

Así pues, lo que interesa destacar es que las modificaciones realizadas al texto del Código de Comercio de 1885 son escasas y no están adecuadamente coordinadas con el resto del articulado del Código. Bien es cierto que esa falta de coordinación se debía sobre todo al carácter obsoleto del planteamiento básico del propio Código.

## **2. LA MODERNIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL EN LOS AÑOS 80 DEL SIGLO XX**

Pero la Codificación Mercantil sufre su mayor perjuicio como consecuencia de la modernización de la legislación mercantil que se produce en el ordenamiento jurídico español a partir de los años 80 del siglo xx.

Ese planteamiento que supone desconocer la existencia del propio Código de Comercio se produce porque la modernización de la legislación mercantil tiene lugar por la promulgación de leyes especiales, que sustraen materias reguladas en el Código de Comercio, con lo cual junto a la regulación en la Ley especial se produce un vaciamiento de las normas contenidas en el Código.

Los Anteproyectos de la mayor parte de las leyes que regulan materia mercantil fueron elaboradas por la Comisión General de Codificación y concretamente por la Sección Segunda. Pero la labor realizada se orientó no a la integra-

ción de las nuevas normas en el Código, sino a la preparación de leyes especiales, que lo que hacían en muchos casos era sustituir a la regulación legal de la misma materia en el Código, regulación legal que era derogada por la nueva ley.

Es decir, que la labor de la Comisión se refería no a mantener y mejorar lo dispuesto en el Código de Comercio, sino a preparar las leyes especiales y, eso sí, tratar de coordinar adecuadamente las distintas leyes que se iban promulgando, de manera que la legislación mercantil, aunque establecida en leyes especiales, estuvieran armonizadas unas leyes con otras.

La renuncia a llevar a cabo la integración del Código de Comercio y su sustitución por leyes especiales aparece claramente en el Preámbulo del Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de Codificación.

En ese Preámbulo se declara lo siguiente:

«Por otro lado, la dinamicidad de nuestra sociedad impulsa la proliferación de disposiciones normativas, que son rápidamente modificadas o sustituidas, y ello hace inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley y cristalizar así un sector jurídico. De ahí que se venga afirmando que los Códigos han perdido su posición central y privilegiada en los sistemas jurídicos. En su lugar, las leyes especiales por un lado, como normas necesarias de una sociedad en constante mutación, y el texto constitucional por otro, como fundamento de los valores de un sistema político, han cambiado el sentido de la técnica legislativa.»

Se llega así a una situación en la que el Código de Comercio está vaciado en gran parte y sustituido por leyes especiales, muchas de las cuales responden en los últimos tiempos a la necesaria incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas de la Comunidad Económica Europea.

Así cabe mencionar entre las leyes especiales de carácter mercantil, cuyo texto ha sido preparado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (Ley 3/2009 de 3 de abril), la Ley de Agrupaciones de Interés Económico (Ley 12/1991, de 29 de abril), la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985, de 16 de julio), la Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre), la Ley de Contrato de Agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo), la Ley de Ventas fuera de Establecimientos Mercantiles (Ley 26/1991, de 21 de noviembre), la Ley del Contrato del Transporte Terrestre de Mercancías (Ley 15/2009, de 11 de noviembre), la Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/1980 de 8 de octubre), la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) y la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio). A estas leyes hay que añadir, por su especial significado la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero), por cuanto constituye un cambio importante en la delimitación de la materia mercantil, que incorpora no sólo las materia consideradas como mercantiles desde el punto de vista tradicional del Código de Comercio, sino también las normas nacidas para

regular el Derecho de la Competencia que pasa a formar parte del Derecho Mercantil. Y esa evolución viene a ser corroborada por la promulgación de la Ley de Competencia Desleal cuyo texto fue preparado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

Así pues, toda la modernización de la legislación mercantil se ha hecho por la promulgación de leyes especiales. Parecía pues, que había pasado totalmente la época de la Codificación. Y sin embargo, se produce el gran cambio en la evolución de la legislación mercantil, pues pasa a considerarse que lo más adecuado es la preparación y promulgación de un nuevo Código Mercantil. Es por ello, por lo que importa poner de manifiesto las razones que justifican un cambio tan radical en los planteamientos de política legislativa del Derecho Mercantil.

### **3. EL ENCARGO DE UN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL**

Como ya se hizo público en su momento, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación recibió del Ministro de Justicia el encargo de preparar un Anteproyecto de nuevo Código Mercantil. Pues bien, el objeto de esta exposición consiste en explicar por qué se está preparando un nuevo Código Mercantil y qué dificultades surgen para realizar esa tarea.

Por supuesto, la exposición la voy a realizar a título personal, no con un planteamiento puramente dogmático, sino exponiendo los problemas reales a los que responde la recodificación planteada.

Lo que pretendo es poner de manifiesto, a ras de tierra, los problemas prácticos con los que se relaciona la recodificación programada.

### **4. LA SITUACIÓN DE PARTIDA QUE JUSTIFICA LA RECODIFICACIÓN**

Para comprender la rica problemática que surge al tratar de la recodificación mercantil, resulta indispensable exponer, aunque sea brevemente la situación de partida, esto es qué circunstancias existían, y siguen existiendo en gran parte, que se relacionen con la elaboración de un borrador de futuro Código Mercantil.

Esa situación que podríamos referir cronológicamente a los años noventa del pasado siglo, puede sintetizarse de la siguiente manera.

En primer lugar el Código vigente sólo sigue regulando una mínima parte de lo que es el Derecho Mercantil, de modo que se ha hablado del «desguace»<sup>7</sup> del Código muchas de cuyas normas originales han sido derogadas y que adole-

---

<sup>7</sup> Vid. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, en la «Presentación» del *Centenario del Código de Comercio*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 17 y ss. (en concreto, p. 18).

ce en muchas de las partes que se mantienen vigentes de un planteamiento obsoleto, y superado por la realidad.

Así pues, el Código vigente presenta una serie de «agujeros negros» por haber quedado sin contenido muchos de sus preceptos, y por otra parte, el hecho de que muchas de las normas que lo integran, al haber sido introducidas por leyes singulares, han producido el efecto de establecer normas descoordinadas, que no responden a un criterio uniforme. Baste señalar como se sigue regulando quiénes son comerciantes, en el artículo primero, para establecer después las normas de contabilidad aplicándolas a los empresarios o se incluyen normas reguladoras de la contabilidad de los grupos de sociedades, cuando tales grupos no son objeto de regulación sustantiva en el propio Código.

Lo que queda del Código tiene tan poca relevancia que algunos autores prescinden de él a la hora de delimitar la materia mercantil.

Es un hecho ampliamente comprobado que la mayor parte de la doctrina científica, y entre ellos yo mismo, se mostraba favorable a la unificación del Derecho Civil y Mercantil en materia de obligaciones y contratos. Por otra parte, la noción que mantenía y mantiene la doctrina sobre la delimitación del Derecho Mercantil incluía todo el Derecho de la competencia que históricamente había surgido sin vinculación de ninguna clase al Código de Comercio.

Así, con un Código de Comercio insuficiente y desprestigiado se han ido dictando leyes para muchas de las instituciones que integran tradicionalmente el Derecho Mercantil en materia de contratos, de manera que dan por supuesto la unificación del Derecho Mercantil y Civil en la materia y por ello se limitan a regular la relación contractual de que se trate, sin establecer en momento alguno si se trata de una normativa jurídico-mercantil o jurídico-civil. Se ha venido haciendo realidad la unificación de obligaciones y contratos por el simple cauce de hacer una regulación en una ley especial única.

A todo ello hay que añadir la aparición desde los años 80 del siglo xx de las normas dictadas para proteger a los consumidores, normas impuestas en su mayor parte por sucesivas directivas comunitarias. Existe, en efecto, una amplia regulación con normas protectoras de los consumidores que tienen todas ellas el carácter de Derecho imperativo. La importancia de este Derecho de protección de los consumidores aparece claramente en el texto refundido, de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 19 de julio).

Ante esta situación, la doctrina no ponía de manifiesto cómo debería desarrollarse la legislación en materia de Derecho Mercantil. Se señalaba que cabían dos opciones, por una parte, la de abandonar definitivamente el Código de Comercio y sustituir su normativa por la promulgación de grandes leyes que regularan por separado las distintas instituciones del Derecho Mercantil. Y por otra parte se mencionaba como otra opción posible la de volver a realizar una tarea de recodificación, esto es, la preparación de un nuevo código de comercio o mercantil basado en principios más adecuados a la realidad actual, con una organización formal más flexible que la de los códigos tradicionales, para per-

mitir la incorporación de las continuas modificaciones que la legislación actual produce con referencia a las instituciones jurídico-mercantiles.

Lo que es evidente es que la regulación vigente de la materia mercantil aparece dispersa y descoordinada. Por ello hablaba Uría de «descodificación», en relación con la cual se declaraba que,

«en sí no parece que pueda ser una meta ideal, sino más bien un remedio coyuntural, que habrá de ser muy controlado si no queremos correr el riesgo de generar una proliferación de leyes especiales, difícilmente conectables entre sí y no siempre inspiradas en las mismas ideas jurídicas, que puede poner fin a cualquier idea básica de «orden» o «sistema» en el conjunto de las instituciones jurídicas integrantes de las distintas parcelas o ramas del Derecho general y del Mercantil en particular»<sup>8</sup>.

Pero el propio Uría manifestaba más adelante en el año 1985 que

«Una cosa es que en este momento histórico no existan condiciones apropiadas para hacer la reforma de nuestro ordenamiento jurídico mercantil sobre la base de un Código nuevo que sustituya al de 1885, y otra distinta que hayamos de renunciar definitivamente a la opción de codificar de nuevo las instituciones jurídico-mercantiles una vez consolidada la era post-industrial que acaba de comenzar»<sup>9</sup>.

Con estos antecedentes y en las circunstancias que acaban de exponerse se encargó, por Orden de 7 de noviembre de 2006 del Ministro de Justicia a la Sección segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil. Se cumple así la previsión que hacía Hernández Gil al afirmar

«Por qué si el siglo XIX produjo en España dos Códigos de Comercio, uno de los cuales todavía subsiste, no vamos a dar impulso, en los umbrales ya del siglo XXI, a un nuevo Código de Comercio»<sup>10</sup>.

Ese encargo de preparar un nuevo Código Mercantil se justifica desde diversos puntos de vista.

## 5. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR

Por un lado, es evidente que el movimiento codificador sigue teniendo una importancia notable en la evolución de la legislación en los países del Derecho continental.

<sup>8</sup> Vid. Rodrigo URÍA GONZÁLEZ, «Apertura» en la obra *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1986, pp. 23 y ss. (en concepto p. 29).

<sup>9</sup> Vid. Rodrigo URÍA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 31

<sup>10</sup> Vid. Antonio HERNÁNDEZ GIL, «Presidencia del Acto y Palabras de Apertura», en la obra *Centenario del Código de Comercio*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 33 y ss. (en concreto p. 40).

Es destacable la nueva codificación que ha realizado en Francia, que a partir de los años 90 del siglo xx concretamente («Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatif et réglementaires») ha creado una organización dedicada a preparar los diversos códigos que han sido elaborados y publicados ya, entre ellos, el Código de Comercio, el Código del Consumo y el Código de la Propiedad Intelectual. Se trata de una organización al más alto nivel de la Administración pública (Comisión Superior de Codificación presidida por el Primer Ministro) y su finalidad, que justifica la nueva labor codificadora, consiste en que la obligación de los ciudadanos de conocer las leyes debe facilitarse por parte de la Administración pública, puesto que hay que reconocer que es difícil que el ciudadano conozca la legislación vigente cuando ésta está incluida en múltiples textos legales que no aparecen adecuadamente coordinados. Además, la nueva codificación francesa aporta la novedad de presentarse como una codificación flexible desde el punto de vista formal, debido fundamentalmente a la manera de numerar los artículos de los nuevos códigos. En efecto, al dar una numeración independiente a los distintos libros, títulos y capítulos se pueden introducir las modificaciones legales que se vayan produciendo, sin necesidad de alterar la numeración del conjunto de los artículos del código.

Ese movimiento codificador se percibe también en la elaboración de códigos como el Código de sociedades portugués o el Código de la propiedad industrial italiano.

Es decir, que el movimiento codificador sigue estando presente y teniendo una vitalidad indudable en el desarrollo actual de la legislación en diversos países.

## 6. LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN

Pero la mayor trascendencia que tiene la elaboración de un código mercantil en España se basa en la regulación de las competencias legislativas establecida en la Constitución de 1978.

En efecto, en la Constitución se impone la exigencia de mantener la unidad de mercado en el artículo 139, apartado 2. Y precisamente para conseguir esa finalidad se atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6.<sup>a</sup>).

Hay que destacar que esa atribución en exclusiva al Estado sobre la legislación mercantil es indispensable para mantener la unidad del mercado, pues esa unidad exige que rijan las mismas normas en las relaciones jurídico-privadas entre los operadores económicos cualquiera que sea el lugar dentro del territorio nacional en el que realicen su actuación. Es obvio que esa unidad de mercado exige que los operadores económicos establecidos en España sepan que rigen las mismas reglas para sus operaciones cualquiera que sea el lugar en que tengan lugar sus actuaciones o en que tengan su domicilio o establecimiento las personas o entidades con las que se relacionen.

Esta exigencia de regulación única para las operaciones jurídico-privadas entre los operadores económicos tiene un antecedente indudable en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, que se anticiparon a la promulgación del Código Civil, sin duda como elemento fundamental exigido por la unidad del mercado.

En relación con este tema, señalaba Hernández-Gil que

«en España, a diferencia de lo que ocurre en Francia y otros países, la codificación mercantil se antepuso a la codificación civil. Ello fue posiblemente debido a las graves dificultades que ofrecía la elaboración de un Código Civil unitario por la presencia en España de unos derechos profundamente arraigados en la práctica como eran y como son los derechos forales»<sup>11</sup>.

Como punto de partida, por tanto, desde el punto de vista constitucional, la legislación mercantil tiene una exigencia de unidad.

Se plantea, sin embargo, el problema de la relación de debe existir entre la legislación mercantil y el Código Civil. Cabe mantener, en efecto, que para que exista una regulación única en las operaciones jurídico-mercantiles en el mercado no es preciso que todas las normas aplicables a esas operaciones se incluyan en la legislación mercantil, puesto que también puede mantenerse esa unidad de regulación incluyendo en la legislación mercantil solamente las especialidades que el tráfico económico exija frente a la regulación de Derecho común, en la medida en que el Código Civil, aplicado como una norma complementaria del Código Mercantil, imponga también unas reglas únicas para su aplicación en el mercado.

En efecto, cabe plantear una coordinación tal entre la legislación mercantil y la legislación civil, que las reglas que rijan para las operaciones en el mercado sean únicas, tanto si son civiles como mercantiles.

Pero para que ese planteamiento sea efectivo resulta imprescindible que la legislación civil, como supletoria o complementaria de la legislación mercantil, sea también única para todo el territorio nacional. Y es aquí donde surge el principal problema con el que tiene que enfrentarse la recodificación mercantil.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la competencia sobre la legislación mercantil, que se atribuye en exclusiva al Estado, en materia civil no se atribuye toda la legislación al Estado, sino solamente determinadas partes de esa legislación, y concretamente las «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8.ª).

## 7. LAS EXIGENCIAS DE LA UNIDAD DE MERCADO

Surge así un problema constitucional de primera magnitud, porque es evidente que la unidad de mercado desde el punto de vista jurídico exige que las normas en materia contractual sean las mismas en todo el territorio del mercado, sean estas civiles o mercantiles.

<sup>11</sup> Vid. Antonio HERNÁNDEZ-GIL, *ob. cit.*, p. 35.

En una primera fase de la aplicación de la Constitución el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de declarar que las normas que regulan los contratos eran de competencia estatal, precisamente por la competencia sobre la legislación mercantil y las bases de las obligaciones contractuales atribuida por la Constitución (STC de 16 de marzo de 1981, caso de la Ley Vasca sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías; STC de 30 de noviembre de 1982, sobre Estatuto del Consumidor del País Vasco, y 1 de julio de 1986 sobre la llamada Ley de Rebajas Catalana).

Pero el panorama ha cambiado radicalmente como consecuencia, en primer término de la Ley catalana 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía y sobre todo de la promulgación del Código Civil de Cataluña (Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña) puesto que con esa promulgación surge la realidad de una parcelación de los ámbitos de vigencia del Código Civil estatal y del Código Civil de Cataluña, aparte de que muy probablemente otras Comunidades Autónomas seguirán la vía de promulgar sus propios códigos civiles.

El Código Civil de Cataluña tiene previstos seis libros de los que el Libro primero relativo a las disposiciones generales que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad; el Libro tercero relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones; el Libro quinto relativo a los derechos reales, un Libro sexto relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlamento.

Hay que destacar que en el Código Civil de Cataluña se dispone que la regulación contenida en el mismo constituye el Derecho común que rige en la Comunidad Autónoma (art. 111.4). La competencia legislativa de Cataluña en materia contractual se basa precisamente en que el Estado no tiene en esa materia una competencia legislativa exclusiva, sino solamente tiene competencia para establecer las bases de las obligaciones contractuales. Es obvio que siempre será discutible cuáles son esas «bases» reservadas a la legislación estatal. Pero de lo que no cabe duda es de que no toda la regulación de los contratos, sino solamente las bases, son competencia de la legislación del Estado, y por lo tanto queda un ámbito importante de discusión posible sobre la competencia para dictar esas normas.

En estas circunstancias parece evidente que las normas que tienen que regir de manera unitaria en todo el mercado tendrán que promulgarse en el ámbito de la legislación mercantil, puesto que las normas de carácter civil que hayan de regir para los contratos y que estén incluidas en el Código Civil, no serán ya normas unitarias sino que dependerá del Código Civil que sea aplicable a la relación jurídica de que se trate. Al existir sobre las mismas materias una normativa estatal y otra autonómica, surgirá la duda de cual de esas regulaciones legales deberá aplicarse en cada caso, lo cual es evidente que viene a fraccionar la unidad de mercado desde el punto de vista jurídico y cuando menos será

fuerza de una inseguridad jurídica incompatible con las exigencias de seguridad y previsibilidad de las relaciones jurídicas dentro del mercado.

Ciertamente puede alegarse que la regulación que puedan establecer las Comunidades autónomas en el ámbito regulado por el Código civil será inconstitucional, en la medida en que no respete el límite que constituye la regulación de las bases de las obligaciones contractuales. Pero ese planteamiento no soluciona el problema de una manera práctica. Ello es así porque la inconstitucionalidad de las normas no opera automáticamente, sino que está siempre supeditada al planteamiento de la inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para que sea este órgano el que resuelva sobre la cuestión. Ese sometimiento de la inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional puede hacerse por dos vías, por una parte por medio del recurso de inconstitucionalidad, y por otra por la cuestión de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad (arts. 161 y 162 de la Constitución) está condicionado en la práctica por las alianzas de los partidos políticos, de manera que cuando esas alianzas lo exigen no se plantea el recurso de inconstitucionalidad aunque sea evidente que concurre en la norma el defecto de contradecir a lo dispuesto en la Constitución. Y así ha ocurrido de hecho que normas manifiestamente inconstitucionales no han sido recurridas y por lo tanto tienen una vigencia efectiva.

Queda ciertamente la posibilidad de que un juez o tribunal plantee una cuestión de inconstitucionalidad referida a una norma o varias normas determinadas (art. 163 de la Constitución). Pero es obvio que este sistema no soluciona el problema que nos ocupa, puesto que la vigencia de las normas que deben regir en las operaciones jurídico-privadas en el mercado no puede depender de actuaciones aisladas motivadas por procedimientos judiciales, que pueden surgir o no y que en su caso darían lugar a una sentencia del Tribunal Constitucional vinculada al procedimiento judicial en que se haya planteado la cuestión y después de un tiempo que suele ser largo en la tramitación de la cuestión ante el Tribunal Constitucional. Es obvio que a través de las cuestiones de inconstitucionalidad no puede solucionarse el problema de la vigencia de unas normas únicas que regulen las relaciones jurídico-privadas dentro del mercado.

Esta realidad es la que hay que tener en cuenta, porque justifica la necesidad de delimitar con claridad las normas de la legislación mercantil, de manera que los operadores económicos puedan tener con carácter general la seguridad de que unas normas únicas de Derecho privado dictadas por el Estado, serán las que rijan en sus actuaciones.

## **8. CARACTERÍSTICAS Y CONTENIDO DEL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL**

Así pues, la elaboración de un nuevo Código Mercantil tiene por objeto asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que impone la Constitución. No se trata de una modificación del Código de comercio vigente,

sino de la redacción de un Código Mercantil totalmente nuevo que esté adaptado a las exigencias de la realidad económica actual y que integre en la medida en que ello sea posible las distintas leyes dispersas que regulan materias mercantiles.

Desde el punto de vista formal es importante aplicar al nuevo código la numeración de los artículos siguiendo el ejemplo de la codificación francesa, esto es, numerando los artículos según el libro, título y capítulo en el que se integran. Como se ha dicho, de esta manera, se facilita la introducción de nuevas normas o la modificación de las existentes sin necesidad de tener que modificar toda la numeración de los artículos del Código.

En cuanto a su contenido, la materia regulada debe ser fundamentalmente la referida a las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos. Esto implica, por tanto, tener en cuenta desde el punto de vista subjetivo no sólo a los empresarios, sino también al resto de los operadores económicos que actúan en el mercado. Y también debe incluirse como una parte importante del nuevo Código las normas reguladores del Derecho de la competencia. (Propiedad intelectual e industrial 149.1.9.º Derecho de la Competencia TC 30.-XI-1982, 1-VII-1986 y 11-XI-1999).

En el nuevo Código deberán incluirse como uno de los libros la regulación del anteproyecto de Código de sociedades mercantiles que se publicó en el año 2002, y que debe formar parte del nuevo código una vez revisado.

También tiene que incluir el nuevo código la regulación de las obligaciones y contratos mercantiles. Ciertamente las normas que se incluyen en esta materia pueden coincidir en gran medida con la regulación del Código Civil estatal o de la «Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos» que se ha publicado por la Sección primera de la Comisión General de Codificación. Es importante incluir en el nuevo Código Mercantil las normas básicas de carácter general de obligaciones y contratos, aunque coincidan con las normas civiles, por cuanto, como ya se ha expresado anteriormente, la regulación constitucional no garantiza que las normas que se apliquen como supletorias o complementarias del Código Mercantil sean precisamente las del Código Civil estatal.

Deberían incorporarse al código la regulación de los distintos tipos de contratos mercantiles. Muchos de ellos están regulados ya por leyes especiales que deberán integrarse en el nuevo código con las adaptaciones oportunas y modernizándolas en la medida en que sea conveniente. También se incluirán nuevas normas sobre tipos contractuales que carezcan hasta ahora de regulación legal y que sin embargo convenga regular.

Ciertamente la nueva regulación de obligaciones y contratos que se incluye en el código mercantil, al ser aplicable para las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos en el mercado, tendrán una vigencia seguramente más amplia que la de las correspondientes normas del código civil. Pero es que, hay que partir de la base según la cual en la nueva organización de la legislación jurídico-privada, el hecho de que la regulación mercantil se aplique en muchos más casos que la legislación correspondiente civil no hace que deba desapare-

cer la regulación mercantil, sino que esta pasa a formar parte del Derecho común en las materias reguladas por la legislación mercantil.

Otro criterio importante para la elaboración del nuevo Código Mercantil consiste en no incluir la regulación legal establecida para la protección de los consumidores. Desde un punto de vista sistemático, no parece dudoso que la regulación protectora de los consumidores forma parte importante de la regulación de las relaciones jurídico-privadas del mercado. Pero ante todo la propuesta de nuevo código mercantil debe ser realista, de tal manera que el anteproyecto que se redacte ofrezca los menos problemas posibles para su aprobación como texto legal. Y no parece razonable que al poco tiempo de la aprobación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, que puede considerarse, por su sistemática, como un verdadero código, pueda derogarse ese texto refundido para integrar su contenido en un futuro código mercantil.

Así pues, la fundamentación de la necesidad del nuevo código mercantil resulta clara desde el punto de vista constitucional de la unidad de mercado y también es evidente que este nuevo código mercantil debe servir para integrar en él la regulación de las principales instituciones jurídico-mercantiles. Ello significa que no toda la regulación del nuevo código debe ser nueva, sino que junto a partes novedosas, se incluirán textos legales ya vigentes revisados en su caso en aquellos puntos en que se considere oportuno.

## **9. LAS DIFICULTADES PARA LA REDACCIÓN DE UN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL**

Pero no cabe ignorar las dificultades a las que se enfrenta la tarea encomendada.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la labor a realizar, aunque de matiz claramente técnico-jurídico presenta aspectos que tienen relevancia política y que por lo tanto pueden hacer que el código propuesto no llegue a ser aprobado como ley.

Prescindiendo del aspecto de la viabilidad y de la propuesta del código que se proponga, la primera dificultad que plantea su elaboración consiste en que un trabajo tan amplio y referido a materias tan heterogéneas exige un gran esfuerzo de elaboración y de coordinación en las distintas normas que se incluyen en él.

Por otra parte, una cuestión que sigue planteando grandes dificultades como ya ocurrió con el Código de Comercio de 1885 consiste en establecer el criterio para la delimitación de la mercantilidad, especialmente en materia de obligaciones y contratos. Pero es que además, al mismo tiempo que se está trabajando en la elaboración del nuevo código, se están aprobando nuevas leyes sobre materias claramente jurídico-mercantiles, de tal manera que es difícilmente imaginable que en el nuevo código se incluyan textos legales distintos a los que acaban de ser aprobados como leyes especiales. Piénsese que son de redacción y aprobación reciente la nueva Ley de Competencia Desleal, la Ley del Transporte

Terrestre de mercancías y en el propio seno de la Sección se terminó hace relativamente poco el texto que dio lugar a la Ley de sociedades de capital. Es evidente que las nuevas leyes que acaban de aprobarse deberán integrarse tal como han sido aprobadas en el nuevo código mercantil, adaptando de la forma más adecuada su integración en el mismo.

Otro aspecto problemático de la redacción del nuevo código consiste en que las materias reguladas en él afectan a las competencias de distintos ministerios, que en algunos casos están participando mediante personas designadas por ellos en la elaboración de los nuevos textos o de las modificaciones a los textos legales vigentes, pero hay supuestos en los que esa participación no tiene lugar, lo cual exigirá en su momento establecer la cooperación adecuada a la vista de los textos propuestos.

Y por último, queda el problema de la tramitación parlamentaria del proyecto. Es en efecto difícilmente imaginable que se pueda someter el proyecto al Parlamento para su aprobación artículo por artículo del nuevo código que tendrá sin duda un articulado extensísimo. Parece, por ello, que lo lógico sería recurrir a una ley de bases que respondiera al texto articulado elaborado por la Sección y aprobado por el Ministerio de Justicia y por el Gobierno. Pero aparte de la forma en que se tramite el texto que se propone como nuevo Código Mercantil habrá que tener especial cuidado al incluir las normas derogatorias que sean necesarias.

En cualquier caso, y dado el encomiable esfuerzo y dedicación de los miembros de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y de los miembros adscritos a los grupos de trabajo se terminará el texto del nuevo código mercantil que es de esperar pueda llegar a ser aprobado como ley. Mas aunque no se apruebe como ley, es seguro que el texto que se proponga se publicará y servirá para su examen crítico por la doctrina y para que sus textos se aprovechen por quienes pretendan hacer leyes sobre temas mercantiles puntuales, al igual que ha ocurrido con la propuesta de código de sociedades mercantiles.

No parece dudoso que la elaboración de la propuesta del código mercantil supone una revitalización y clarificación de las normas que regulan las relaciones jurídico-privadas en el mercado.

ALBERTO BERCOVITZ