

## EL LLIBRE SISÈ I LA PROPOSTA DE NOU “CÓDIGO MERCANTIL”

DANIEL ESPINA

*Professor titular de Dret Mercantil*

*Universitat de Barcelona*

I. Posats a esclarir el paper que ha de seguir jugant EL DRET CIVIL CATALÀ DAVANT L'ABAST DE LA CODIFICACIÓ MERCANTIL VIGENT I PROPOSADA, sembla arribada l'hora de superar amb delicadesa la qüestió malfadada del repartiment espanyol de competències legislatives entre l'estat i les comunitats autònomes, en què la solució institucional de conflictes continus i repetits, polititzada irremeiablement, ha dut a resultats sovint casuals i pendents sempre de facècies renovades. Quant a aquest debat decebedor, sobre el legislador que serà o no serà competent, podria encara discutir-se la funció definidora d'una unitat material del mercat regulat, o de la unitat sobirana de jurisdicció reguladora; i caldria relacionar amb cura la uniformitat normativa volguda, al tràfic comercial, i la pluralitat econòmica pressuposada, que el vivifica. El punt principal, emperò, seguiria essent com sortir-se'n a expressar legislativament l'autonomia científica i l'especialitat normativa del dret mercantil respecte al dret patrimonial general. I una bona manera de discernir-ho ens la proporcionaria tal vegada fer memòria de les característiques peculiars de la forma codificada del dret positiu, segons les teníem enteses i segons es presenten en el Codi civil de Catalunya, que ateny finalment les obligacions i els contractes, i en el Codi Mercantil, anunciat recentment per a tota Espanya.

II. L'anàlisi hauria d'heure-se-les amb la precisió pretesa de l'àmbit d'aplicació del codis històrics, però també amb LA PÈRDUA DE LA POSICIÓ SISTEMÀTICA CENTRAL DE LA CODIFICACIÓ ESPANYOLA DEL VUIT-CENTS EN L'ÀMBIT DE LES RELACIONS JURÍDIQUES PRIVADES. I hauria d'evitar confondre

la caracterització de la forma codificada amb la determinació del contingut codificat, suposant que l’una resol qualsevol problema de l’altra.

1. En l’àmbit civil, la pluralitat legislativa establerta amb l’organització territorial dels poders constitucionals n’ha passat el protagonisme als drets autonòmics, i permet potser una certa explicació del desencís que envoltà el projecte prou moderat de desenvolupar articuladament la competència exclusiva de l’estat sobre les bases de les obligacions contractuals (*Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* [Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil], BIMJ, 2009). Destaca especialment, llavors, la consolidació decidida de la nova centralitat sistemàtica de la codificació civil catalana en el dret patrimonial, amb l’*Avantprojecte de Llei del Llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes* (sotmès a informació pública per Edicte del Departament de Justícia de 16 de juliol de 2014 [DOGC 6672]). Resultat parcial encara d’aquest procés codificador, excel·leix malgrat tot per l’atreviment d’escometre la regulació completa del contracte de compravenda, que opera tradicionalment com a tipus model de tot el sistema contractual. I amb la consideració menor de la permuta, i la significació diferent d’altres contractes regulats fins ara en lleis especials, assoleix si més no la incorporació al text codificat dels contractes de conreu, de tribulació històrica coneguda.

2. En l’àmbit mercantil, la recuperació constitucional de la llibertat d’empresa exigí la modernització de la regulació i n’afavorí la dispersió legislativa, però l’acció política desordenada que l’ha conduïda ha propiciat també, en acabat, refoses sectorials de vocació codificadora accentuada. Podrien desdir-ho l’acumulació irreflexiva de modificacions sobtades del dret concursal, quan ja semblava unificat i actualitzat, i la urgència sospitosa de les mesures governamentals precipitades en matèria de refinançament i reestructuració del deute empresarial. L’abast limitat de l’aplegament mecànic del dret de les societats de capital renuncià primer a una possible reformulació general de tota la matèria, quan hom ja hi comptava, i no ha escapat després a la tramitació apressada de noves recomanacions expeditives sobre la millor manera en què es governarien (cfr. la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles* de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil [Ministerio de Justicia, Madrid, 2002], i l’*Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas* de la Comisión de Expertos en materia

de Gobierno Corporativo [Madrid, 14 d'octubre de 2013]). La provatura parlamentària repetida de la reforma del dret marítim, sense aturar-se en el contingut definitiu del text acabat de promulgar, ha enfosquit també els treballs conscienciosos que l'havien preparada (vegeu la *Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima* de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil [Ministerio de Justicia, Madrid, 2004]). Tot amb tot, no ens escauria de negar la solidesa normativa de la legislació especial sobre els títols canviaris, les assegurances o el transport, o sobre la propietat industrial i la competència, més o menys recent, renovada, estable o camí tothora de modificar-se'n la regulació. Només la pràctica bancària ha resistit esquiva aquest envit modernitzador, i la manca de regulació dels contractes amb què opera n'és el motiu principal de blasme.

3. Seguint també aquest procés propi de consecució normativa, més enllà de la reacció malvolent davant l'extensió progressiva dels drets privats territorials, se'ns presenta paral·lelament una renovació semblant de l'impuls codificador en l'àmbit mercantil, amb la refosa almenys de tot el dret contractual, mitjançant la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación* (Ministerio de Justicia, Madrid, 2013 [cfr. ara l'*Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, Ministerio de Justicia/Ministerio de Economía y Competitividad, 30 de maig de 2014]). Pot resultar inconseqüent la pretensió generalitzadora d'un nou codi i la refosa selectiva de la matèria que s'hi proposa, remesos capriciosament a lleis separades el dret concursal, concebut per als empresaris; el dret industrial i de la competència, que no atén sinó l'empresa; o el dret del transport, que hom només regula com a activitat mercantil. I talment caldria dir del dret del consum, que no s'hi afegix per pudor fal·laç, quan no té cap funció fora del tràfic empresarial i hauria de servir per ponderar-ne de bon principi els interessos presents, i no actuar com a excepció distant i misèrrima i si ve al cas. Sembla més escarafallosa, emperò, la perplexitat manifestada des de l'acadèmia civilista davant l'abast normatiu i l'àmbit d'aplicació proposats per a la regulació renovada, que expressa desacomplexadament la universalització de la realitat mercantil, sense arribar a estendre'n la regulació efectiva, i que certifica implícitament la marginalitat econòmica de la realitat civil, sense subvertir-ne l'àmbit normatiu. L'advertència del caràcter empresarial, a qualsevol activitat econòmica, ja

era el criteri amb què se'n discernia el règim jurídic i es mirava de treure'n l'entrellat; i sobta una mica, val a dir, el redescobriments escandalitzat que fan alguns del contingut encara vigent de la codificació espanyola del comerç, que "dialoga" també amb la "seva" codificació civil i no sols amb el nou codi català. Sense amagar-ne tampoc l'afany provocador, aquestes ratlles pretenen superar el plet carregós sobre la codificació mateixa, si serà espanyola o catalana, si serà civil o mercantil, i centrar l'atenció en el debat més rellevant, però també més compromès, sobre el contingut substantiu de la norma codificada. Què canvien els nous codis i per què ho canvien, en l'àmbit contractual en què són dret general i dret especial respectivament?

III. La comparació de les noves propostes no pot obviar, doncs, la funció de LA CODIFICACIÓ HISTÒRICA DEL DRET PRIVAT COM A FITA POLÍTICA DE LA REVOLUCIÓ LIBERAL, que n'era aspiració explícita, a la segona codificació del comerç a Espanya, i que només la pretensió de puresa intel·lectual, en l'estudi racional del dret privat general, ha pogut desconsiderar quant a la codificació civil. Qualsevol la funció metodològica que mereixi, en un i altre àmbit, és ben sabut que el codi civil hagué de contenir la societat burgesa, i que el codi de comerç hagué de servir l'economia capitalista.

1. Això planteja el dubte substancial sobre la necessitat mateixa de la patxoca legislativa d'una nova "codificació", civil o mercantil, que no es fonamenta en un canvi social de volada semblant, que no aconsegueix expressar-lo i que no suposa modificacions decisives dels principis que l'han d'ordenar. I fins i tot si hom utilitzava la fórmula legal del "codi" per a una refosa o recopilació més modesta de materials normatius dispersos, o per a refermar una autonomia política llargament perseguida, resultaria frustrant en excés que es limités a agençar l'oripell heretat de l'ordenament d'aleshores sense encertar a recollir-hi l'experiència trasbalsada de la vintena centúria. Veient-ho així, pot esgarrifar honestament la falta de traces clares de la lliçó pendent de l'estat social a la codificació mercantil proposada, però no hauria de commoure menys íntimament que el procés de recuperació d'un dret civil propi per a Catalunya s'estigui esdevenint sense consideració evident de l'evolució conflictiva de l'economia de mercat, també en l'hora present.

2. Des d'aquesta perspectiva, sembla que es precipiten les paradoxes. L'apressament malavesat de l'acadèmia mercantil per enllestir un text força

deslloriat, que provaria d'institucionalitzar l'erm jurídic a què ens abocava l'excés especulador —i just quan comencen a lluir-ne els descosits!—, sorprèn especialment davant la prevenció tradicional de la regulació si per cas mercantil envers els abusos contractuals en el seu àmbit natural, en què són de témer efectivament i se'n té experiència consistent. I l'escassa potència ponderadora de la proclamació solemnia de la llibertat civil, com a principi general del dret privat català, coincideix avui amb la revifada intencionada del camp qui pugui que tot serà a fi de bé, desprotegida la part feble a les relacions de consum quan hom ha de suposar-ne la desimboltura del bon pare de família, o la displicència del senyor de Barcelona, i proposa desfer-se dels equilibris que el dret mercantil hi preveia i que havia sabut atendre-hi històricament com a deures de l'empresari ordenat. Aquest abast ulterior, quant a les tibantors de la nostra vida social, recomanarien reprendre amb serenor el debat pendent sobre la “pertinença” científica i acadèmica de la legislació “general” per a la defensa dels consumidors i usuaris al tràfic empresarial, que ha estat progressivament sistematitzada per atendre les especialitats principals i els tipus més conflictius de la contractació i de les responsabilitats que s'hi esdevenen. Lluiria llavors amb més evidència, per exemple indicador, que el supòsit típic de la incorporació de condicions o clàusules predisposades a la contractació interessa conceptualment el règim general de formació del contracte, però reflecteix funcionalment les necessitats d'organització racional de l'activitat de les empreses.

IV. Certament, la vessant il·lustrada i racionalitzadora de l'època que en veié i n'havia precedit la forja històrica caracteritzà també L'OBRA CODIFICADORA COM A SISTEMA RACIONAL DE LA REGULACIÓ, amb vocació d'encert i permanència. In caldria examinar, sense defugir-ho, la coherència interna de les noves codificacions proposades, i de les gairebé enllestides, però també la coordinació previsible entre el dret general i el dret especial que han de contenir respectivament. La codificació separada dels dos drets que ara examinem, civil i mercantil, planteja inevitablement la racionalitat conjunta del dret privat patrimonial que es reparteixen, i dels canvis que s'hi hauran volgut introduir.

1. A la “construcció” de cadascun dels textos que s'emmirallen en el precedent històric, i en els temps que corren, s'hi ha escolat una certa renúncia desencorajada a l'estabilitat de les noves propostes i realitzacions, per bé

que se'ns presenta com l'acudit elegant d'una estructura oberta, en què hom hi identifica els preceptes segons on els incorpora, i sense numerar-los pròpiament, i facilita que se n'hi afegixin indefinidament. També la lletjor tipogràfica de la primera versió publicada del codi mercantil proposat en delatava la mena de mancances sistemàtiques que han resultat intrínseques a la codificació civil catalana, bastit l'un d'una vegada, però a pedaços i per multitud de mans, i resultat l'altra de lleis successives, segons neguits i ritmes descompassats. Acarant propostes i projectes, ens preocuparà que l'una "trepitgi" el terreny on l'altre se sentia segur, o observarem si les seves passes la duen per camins que crèiem vedats o inexplorats?

2. Novament, la discussió més profitosa s'aturarà en el contingut material de la regulació vigent i proposada. No valdria d'oldre's només de l'existència tradicional d'especialitats mercantils en matèries també tan "generals" com les fonts del dret o la jerarquia de les normes, la capacitat de les persones, la formació i la interpretació del contracte, l'incompliment de les obligacions o la prescripció extintiva. Mereixements a banda, no ocultarem que es mantingueren en una segona codificació espanyola del comerç gairebé simultània amb la civil, i que es retardava justament per l'anomenada qüestió foral dels drets territorials, la qual cosa impedeix de treure'n conclusions absolutes per al cas que ens ocupa. No són tampoc de darrera hora la constatació de l'organització empresarial de la transmissió d'immobles, ni dels contractes d'obra o de serveis, comptin o no amb una regulació de referència a la llei civil, que no sempre ha estat el cas. En matèria contractual, un nou codi civil haurà de decidir si universalitza la regulació més oportuna al tràfic mercantil, calgui o no reformar-ne les previsions vigents, o bé si crea o manté un règim distint per a l'activitat no qualificada empresarialment. Un nou codi mercantil havia de decidir dins quin marc encloure la llibertat d'empresa, més o menys agradós al negoci o al comú de la gent, o si la desllaçava sense aturalls perquè pugui desfermar-se.

V. Qualsevol codificació civil o mercantil s'enfronta finalment a LA UNIFICACIÓ DEL DRET PRIVAT I DEL RÈGIM GENERAL DE LES OBLIGACIONS I DELS CONTRACTES, que hom ha defensat també com un assoliment desitjable entre diferents estats i nacions i no sols com a superació de les parcel·lacions tradicionals dins d'un mateix ordenament. I és inconfusible la inspiració de la pràctica comercial internacional a la regulació del contracte de compra-

venda pel dret civil català, que mira justament d'anticipar el dret europeu en curs d'elaboració i de generalitzar la legislació europea sobre protecció del consumidor, per bé que requeriria algun comentari. Debatent sobre la distribució territorial d'atribucions normatives a Espanya, que exclou per principi la legislació catalana en matèria mercantil, potser algú se sorprendrà d'aquesta unificació implícita del dret privat dels contractes des d'una comunitat autònoma. Debatent sobre la universalitat i la particularitat del dret mercantil, com a inquietud recurrent, potser algú gosarà preguntar-nos quin dret mercantil en una Catalunya "independent"?