

2. DERECHO MERCANTIL

Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto «Derecho común» por el de «legislación civil»

Reflections on Recent Commercial Case-law and When Regional Law Is Applicable in a Supplementary Capacity in the Light of the Preliminary Draft of the Commercial Code Bill. The Change from the Concept of General Law to the Concept of Civil Legislation

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: El hecho de que en el Anteproyecto de Código Mercantil desaparezca el concepto jurídico de «Derecho común» en detrimento del de «legislación civil», hace que la integración normativa de una laguna que derive de un contrato mercantil pero referente a un concepto de derecho civil suscite de nuevo el problema sobre la aplicación supletoria o no del derecho civil autonómico correspondiente.

ABSTRACT: The preliminary draft of the Commercial Code Bill eliminates the legal concept of "general law" to the detriment of the concept of "civil legislation". The legislative integration of a loophole stemming from a contract under commercial law but referring to a concept of general law again poses the problem of whether or not the pertinent regional law would apply in a supplementary capacity.

PALABRAS CLAVE: Derecho contractual. La supletoriedad del Derecho autonómico respecto del Derecho mercantil

KEY WORD: Contract law. The supplementary nature of regional law in respect of commercial law

SUMARIO: I. SOBRE LA INNECESARIEDAD DE ESTA NUEVA CODIFICACIÓN MERCANTIL.—II. EL DEBATE DE LA SUPLETORIDAD DEL DERECHO AUTONÓMICO PESE A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE SEGUROS.—III. EL SIGNIFICADO DE LA PROYECTADA DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 50 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.—IV. UNA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO «LEGISLACIÓN CIVIL» USADO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. SOBRE LA INNECESARIEDAD DE ESTA NUEVA CODIFICACIÓN MERCANTIL

Dado que la supresión del término Derecho común en favor del de legislación civil en el Anteproyecto de Código de Mercantil («ACM») presentado el día 30 de mayo de 2014, nos ha suscitado la cuestión sobre la integración del Derecho mercantil proyectado que planteamos en este trabajo, no podemos por menos que, con anterioridad a abordar lo anterior, posicionarnos también en favor de la nutrida opinión contraria a esta nueva codificación mercantil, sobre todo en relación —por lo que ahora nos ocupa— en cuanto a la difícil dualidad y coexistencia que supondrá la misma con nuestro Código Civil, por la problemática que generará con las Comunidades Autónomas de derecho foral o derecho civil especial, así como por el hecho del alejamiento que supone a nuestro juicio de lo que conocemos como armonización del Derecho privado europeo y lo que deberían ser las bases de su construcción.

Así, continuamos creyendo en lo que exponíamos su momento¹, la construcción de la Ciencia europea del Derecho privado ha de efectuarse, también en nuestra opinión, tomando en cuenta la tradición romanística, la labor comparada de los diferentes derechos privados europeos y desde un análisis histórico de las instituciones jurídico privadas. De ahí que el viejo «*Ius Commune*», pueda servir como punto de partida a estos efectos. Enormemente reveladoras son las palabras de Zimmerman² al respecto: «..Ya ha existido una cultura jurídica europea con una ciencia jurídica común orientada a las mismas fuentes como norte. Este «viejo» derecho privado recibe la denominación de *ius commune* romano-canónico, y tiene su base en la recepción del derecho romano en la Europa medieval. Constituye el punto de partida más próximo y natural para —en palabras de Savigny— una «organización progresiva de la ciencia del Derecho». A diferencia de Savigny, por supuesto, no podemos acudir directamente al *ius commune*. Al fin y al cabo, ni el *Specimen usus moderni pandectarum* de Samuel Stryck ni el *Lehrbuch des Pandetenrechts* de Bernanrd Windscheid contienen el derecho actualmente vigente. Pero también cabe preguntarse si, a pesar de la fragmentación nacional del derecho y de la ciencia jurídica, bajo el manto de la desconcertante diversidad de nuestras modernas reglas jurídicas no se esconden unos fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e ideológicos comunes, capaces de formar el núcleo del derecho europeo. Una especie de derecho natural, como lo llamó Paul Korschaker, no el sentido de un sistema de reglas de pretensión de validez axiomática, sino de principios, razonamientos e instituciones que comparten los ordenamientos jurídicos europeos como consecuencia de su desarrollo común».

Además, la investigación histórica de los dogmas «no solamente posibilita la comprensión del pasado, sino también la del Derecho vigente, porque muestra cómo y por qué el Derecho se ha desarrollado como lo ha hecho, como hoy lo encontramos; porque deja claras las premisas en las que se apoya el Derecho moderno; porque pone a nuestra disposición un rico tesoro de experiencias, que son tan importantes para la política del Derecho como para la dogmática jurídica, y porque hace posible que se descubran desarrollos defectuosos avisando ante su repetición»³.

Por otro lado, la codificación proyectada también resulta plenamente contradictoria a los loables esfuerzos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ya que en su seno han visto la luz dos trabajos importantísimos por la trascendencia de los mismos en cuanto al calado de las modificaciones

del Código civil que con ellos se pretenden⁴, entre los que se encuentran un primer trabajo titulado «*Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Contrato de Compraventa*»⁵ motivado principalmente por la incorporación al Ordenamiento español de la 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, a través de una ley especial, la Ley 23/2003, de 10 de julio de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo (hoy ubicada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y un segundo trabajo con el título de «*Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*»⁶, la cual después de razonar los motivos de la misma recoge como precedentes la meritada Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías de 1980, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT), los Principios del Derecho Europeo de Contratos y las directivas comunitarias sobre protección de consumidores.

Sumamente interesante nos parece la acertada crítica de la civilista García Rubio⁷ a la entonces Propuesta de Código Mercantil, quien concluye la misma de la siguiente forma: «Por ello y para terminar estas notas me sumo al llamamiento que se hace en el documento de ACTUALIZA⁸: que se eliminen del texto de la PCM de los Libros IV, V y VII, por ser propios del Código Civil y no de un Código mercantil, y que de una buena vez se proceda a la modernización del derecho de obligaciones español en Código civil siguiendo la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos presentada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009 y con base en la competencia legislativa estatal en materia de bases de las obligaciones y contratos. Como es sabido en esta Propuesta de la Sección Primera se integran las normas de protección de los consumidores y deja para el Código mercantil las normas especiales que, por las necesidades del tráfico mercantil, se aparten del Derecho privado general, tal como se ha hecho en algunos países más avanzados de nuestro entorno».

Asimismo, mercantilistas de la talla de ÁLFARO AGUILA-REAL⁹ también se han ocupado de mostrar su disconformidad con esta nueva codificación mercantil, diciendo que: «No hay ninguna buena razón para promulgar un Código de Comercio. La única de peso que se ha dado es política: ocupar el espacio legislativo reservado por la Constitución al Estado («legislación mercantil») para evitar que las Comunidades Autónomas, especialmente las que tienen competencia en materia de Derecho Civil foral, desborden sus competencias. Es una actitud cobarde por parte del Gobierno y demuestra una enorme falta de confianza en el mercado (que rechazará las disposiciones de las Comunidades Autónomas que sean inefficientes) y en las instituciones (el Tribunal Constitucional) encargadas de que tal cosa no ocurra. La unidad de mercado no exige, en general, la unidad de Derecho supletorio como lo prueba el caso de los EEUU. El problema de España es la falta de lealtad constitucional del Estado y de las CCAA que no cooperan en la medida necesaria cuando hay competencias compartidas.»

En fin, si Ihering dijo en su momento que «*la posesión es el juguete que el hada del Derecho ha puesto en la cuna de la doctrina*», de forma similar podemos sostener que este ACM es otra especie de juguete puesto en la cuna de sus autores que nos aleja de aquellas enseñanzas que imprimiera la mejor doctrina mercantilista española, como por ejemplo, GIRÓN TENA¹⁰, en cuanto a la correcta

dogmática sobre el entendimiento de la mercantilidad de una determinada relación jurídica y su adecuación a la praxis.

II. EL DEBATE DE LA SUPLETORIDAD DEL DERECHO AUTONÓMICO PESE A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE SEGUROS

El conocido debate doctrinal¹¹ y jurisprudencial existente sobre cual era el plazo de prescripción aplicable cuando se ejercite la acción directa contra el asegurador, o en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros ha sido resuelto, no ha mucho, por dos sentencias del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013 —sentencia del Tribunal (Sala de lo Civil)—, núm. 533-2013 de 6 septiembre (RJ 2013/5927) y sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 534-2013 de 6 septiembre (RJ 2013/5928), en favor de la aplicación del plazo anual estatal de prescripción de la acción civil prevista en el artículo 7.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, en detrimento del plazo trienal de la acción de responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña, sobre la base de la competencia exclusiva estatal en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 de la Constitución española) creando la siguiente doctrina jurisprudencial:

«En el caso de que el perjudicado por un accidente de tráfico ocurrido en Cataluña ejerzte acción directa contra la aseguradora del vehículo conducido por el responsable del accidente o, en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, el plazo de prescripción de dicha acción es el de un año previsto en el artículo 7.1 de dicha Ley y no el de tres años a que se refiere el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña para las reclamaciones derivadas de culpa extracontractual».

Así pues, dicho debate debería considerarse cerrado como de hecho ha reconocido la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 4 de noviembre de 2013 (Sección 1^a) (JUR 2013/381428); sentencia de 10 de diciembre de 2013 (Sección 16^a) (JUR 2014/21578) y sentencia de 7 de abril de 2014 (Sección 1^a) (JUR 149/652), por lo que en principio el tan controvertido problema sobre la aplicación del Derecho Civil Autonómico como supletorio del Derecho Mercantil, parece que habría de seguir los cauces admitidos por la mayoría de la doctrina, es decir, permitiendo en base a las conocidas (STS, Civil, 28.6.1968 [RJ 1968/3607] y 16.2.1987 [RJ 1987/698] considerar como *Derecho común* en los términos de los todavía vigentes artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885 a cualquiera de los derechos civiles aplicables en España, a saber, el estatal y los conocidos tradicionalmente como derechos civiles forales o especiales.

GULLÓN BALLESTEROS¹², de forma gráfica expuso la esterilidad del debate citado al razonar lo siguiente: «...Las razones acabadas de exponer debilitan considerablemente la eficacia práctica del artículo 4.3.^º. Todavía más las pretensiones de los foralistas de que sus Compilaciones del Derecho Foral, Derecho Civil Especial o Fueros desempeñen en las Comunidades Autónomas que lo poseen el valor de Derecho Común en lugar del CC. El exacerbado sentimiento regionalista, autonomista o nacionalista que hoy se vive desde la Constitución de 1978, hace inútil cualquier argumento a contrario, como los que empleó el profesor DE CASTRO al comentar la STS 28-VI-1968, que en contra de otras anteriores, aceptó aquel criterio (ADC 1969, págs. 839-873)¹³.»

Pese a ello, a nuestro juicio, destaca el trabajo de ÁLVAREZ GONZÁLEZ¹⁴, quien realizó un meritorio análisis de la cuestión, afirmando la aplicación del Derecho Autonómico para integrar las lagunas de una materia mercantil solo para determinadas cuestiones típicamente civiles y no en relación con las mercantiles, razonando al respecto lo siguiente: «En este marco de exigencia, el recurso al Derecho común estatal, aunque se pueda calificar de políticamente incorrecto, es una solución perfectamente viable. Baste señalar que sería absolutamente legítima, si así lo estableciese el legislador estatal, único competente para legislar sobre, por ejemplo, legislación mercantil, y sobre cómo colmar sus lagunas. Vuelvo a repetir que no estoy pensando en supuestos en los que la legislación mercantil aplicable (u otra de exclusiva competencia del legislador estatal) depende de una cuestión incidental, previa, accesoria o simplemente se aplica junto a una cuestión distinta de Derecho civil. En estos casos la cuestión de Derecho civil estaría sometida a las reglas ordinarias de Derecho interregional. De hecho, creo que no debe pasarse por alto la circunstancia cierta de que en las dos sentencias que han servido para, en cierta medida, sacrificar la idea de que el “Derecho común” respecto del Derecho mercantil es cualquiera de los Derechos civiles españoles [STS, Civil, 28.6.1968 (RJ 1968/3607) y 16.2.1987 (RJ 1987/698; MP: Cecilio SERENA VELLOSO)], lo que realmente subyacía eran problemas típicamente civiles. En la primera de ellas la cuestión civil se resolvió mediante la aplicación del Derecho catalán “atendida la regionalidad de los cónyuges contratantes... la capacidad contractual de los cónyuges recurridos debe regirse por su ley personal (art. 14 en relación con el 9.º)” del Título Preliminar del CC. En la segunda, en un razonamiento realmente desafortunado que en todo caso no afecta a lo que aquí defendemos Código de Comercio, lo que se hizo fue resolver un tema “netamente civil”, aplicando —erróneamente— el CC a un caso sujeto al Derecho civil navarro. Esta STS no planteaba propiamente ningún problema en el que hubiera que acudir al Derecho común para suplir al (en adelante, CCom), sino meramente una cuestión civil distinta: qué bienes comunes respondían de determinadas deudas de los cónyuges. Así pues, la propuesta que hago en este apartado no contraría en modo alguno la “jurisprudencia” del TS, sencillamente porque ninguna de las dos sentencias se refería al supuesto de hecho que ahora contemplo»¹⁵.

Sin embargo si las anteriores reflexiones de ÁLVAREZ GONZÁLEZ puedan considerarse acertadas de *lege data*, según el término *Derecho común* que aparece en los vigentes artículos 2,50 y 943 del Código de Comercio, a nuestro juicio, el hecho de que en el ACM¹⁶ desaparezca dicho concepto jurídico de *Derecho común* en detrimento del de «legislación civil», hace que la proyectada codificación mercantil, nos haga revivir la conclusión de la tesis del profesor DE CASTRO¹⁷, si bien desde un prisma constitucional conceptual desde lo que ha de entenderse por competencia exclusiva del Estado al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.6 para la legislación mercantil y 149.1.8 para la «legislación civil», que lógicamente por la fecha de su trabajo (*Anuario de Derecho Civil*, 1969) no realizó el insigne jurista, pese a las lógicas dificultades interpretativas de dichos conceptos constitucionales, así como lo que al problema propuesto añade la proyectada derogación de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio¹⁸.

En este sentido, el artículo 001-4 del ACM prevé lo siguiente:
«Artículo 001-4. Jerarquía de las normas.

1. *En las materias mercantiles que se rijan por legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o de la actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código.*

2. A falta de normas en este Código, se aplicarán los usos de comercio y, en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes»¹⁹.

Lo anterior se justifica del siguiente modo en el apartado I-18 del ACM:

«I-18. El Código no se plantea ninguna cuestión de fuentes ni de autonomía legislativa del Derecho mercantil, sino que, partiendo de su carácter de Derecho especial, se limita a acotar su propia materia, a la que son aplicables, en primer lugar, las normas del Código y, en su defecto, los usos de comercio, en reconocimiento de la importancia de estos, no ya en el origen de esta rama del Derecho sino en el moderno tráfico; solo en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se aplicarán a esta materia las de la legislación civil, según su sistema de fuentes»²⁰.

Por tanto, la supletoriedad de la norma mercantil viene definida en el ACM como «legislación civil», lo que consideramos que supone o entraña una gran labor interpretativa, respecto de la cual no puede predicarse un claro resultado sobre el alcance y contenido del referido concepto.

La Exposición de Motivos del ACM sí que se ha preocupado de aclararnos la relación entre la legislación mercantil representada por el futuro Código Mercantil y la legislación civil, del siguiente modo:

«2) Relación con la legislación civil.

V-3. Aunque se han concretado al máximo las especialidades de los contratos mercantiles, entre las nuevas normas hay algunas que expresan, como ya ocurría con el texto del Código de comercio que se deroga, principios también reconocidos en la legislación civil, junto con normas que contienen regulaciones diferenciadas; ello es así porque la regulación establecida ha de tener una coherencia sistemática que permita su aplicación. Dichas normas, como todas las establecidas en este Código, aparecen como parte de la legislación mercantil, de manera que los participantes en el mercado tienen la seguridad de que son aplicables, como parte de la legislación mercantil, a todo el territorio nacional y de que su posible coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil».

La vocación generalista del futuro Código Mercantil en cuanto a su relación con los derechos civiles forales o especiales, nos lo presenta el siguiente apartado de la Exposición de Motivos del ACM de la siguiente forma:

«VI-31. La proliferación de normativas autonómicas que disciplinan de forma diversa idénticos supuestos de hecho impone barreras artificiales a los intercambios de bienes y servicios, al tiempo que dificulta las relaciones comerciales con evidente perjuicio para empresarios y consumidores amenazando la unidad de mercado que promueve la Constitución. La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia».

El término «legislación civil» aparece en el ACM no solo en las referencias efectuadas en su Exposición de Motivos, sino también a lo largo de los siguientes artículos del mismo:

- Artículo 111-1, respeto a las limitaciones establecidas en la legislación civil para el ejercicio en nombre propio de la actividad empresarial por parte de menores emancipados y de personas sujetas a curatela.

- Artículo 132-14, sujeción a la legislación civil en los casos de enajenación de bienes inmuebles o bienes de extraordinario valor que no sean objeto de la actividad empresarial por parte del arrendatario o del usufructuario de empresa.
- Artículo 231-2, posibilidad de constituir empresas mercantiles por parte de las personas físicas que tengan capacidad de obligarse conforme a la legislación civil.
- Artículo 231-30, sujeción a la legislación civil en defecto de lo previsto en el título constitutivo de las relaciones entre el nudo propietario y el usufructuario de acciones y participaciones sociales.
- Artículo 511-16, indemnización de daños y perjuicios conforme a la legislación civil que procediere al comprador de bienes muebles y bienes inmateriales.
- Artículo 511-21, indemnización de daños y perjuicios conforme a la legislación civil que procediere al vendedor de bienes muebles y bienes inmateriales.
- Artículo 512-11, indemnización de daños y perjuicios conforme a la legislación civil y mercantil por incumplimiento del comprador en las ventas con precio aplazado.

Por su parte el término «Derecho Civil» se encuentra en el Artículo 341-3 del ACM para sujetar al mismo el régimen de las acciones de resarcimiento y de enriquecimiento injusto en materia de actos de competencia desleal.

Por último, las referencias al «Código Civil» se efectúan en los apartados VI-13 (contrato de obra por empresa, contrato de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales con particularidades propios del contrato de arrendamiento de obra o de servicios regulado en el Código Civil) VI-55 (contrato de obra por empresa) y VI-59 (contrato de obra por empresa).

Pero la cuestión que pretendemos tratar no se completa solo con el conocimiento del concepto «legislación civil», sino con indagar las consecuencias de la proyectada derogación de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio²¹ puedan suponer a la cuestión tratada, que no es otra, que la clarificación del ordenamiento jurídico llamado a integrar el futuro Código Mercantil ante la existencia de una laguna legal mercantil o civil, es decir, si un Derecho civil autonómico pueda cumplir o no dicha función integradora.

Como hemos tenido ocasión de comprobar el transrito Artículo 001-4 del ACM se refiere a la jerarquía de las normas y a un claro supuesto de integración normativa, mientras que el artículo 2 del Código de Comercio, tiene como función la integración del contrato mercantil²², por lo que evidentemente, no solo la sustitución del término «*Derecho común*» por el de «*legislación civil*» sino el cambio de finalidad de la norma, es decir, de la integración contractual prevista en el artículo 2 del Código de Comercio pasando a una integración normativa distinta a la prevista en el artículo 50 del Código de Comercio, supone a nuestro juicio la existencia de importantes consecuencias a tener presente en cuanto a la regulación supletoria del futuro Código Mercantil, en los términos apuntados.

En suma y a la vista de lo anterior ¿qué supone pasar de una integración contractual a una integración normativa en términos diferentes? y ¿qué debe entenderse por «legislación civil» en el ACM? En relación con esta última pregunta que nos hacemos, sin duda, ofrecer una respuesta verdaderamente científica a este interrogante, se nos antoja por menos que casi imposible en función no solo de la complejidad intrínseca del entendimiento de dicho concepto, sino de

la dificultad al mismo que se han encargado de imprimirle las tensiones entre centralistas y foralistas, sin que por otro lado el propio Tribunal Constitucional nos haya ofrecido una completa y a la vez aceptable solución a dicha tarea interpretativa.

III. EL SIGNIFICADO DE LA PROYECTADA DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 50 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En primer lugar, para conocer la función del artículo 2 del Código de Comercio, cabe decir *a priori* que el vigente artículo 57 del Código de Comercio no cumple las funciones de nuestro artículo 1258 del Código Civil²³, además y en cuanto a las diferentes cometidos que cumplen los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, coincidimos con ALFARO ÁGUILA-REAL cuando razonadamente expuso lo siguiente:²⁴ «En el artículo 2 C de c y en el artículo 50 C de c se regulan distintos sistemas de prelación de fuentes. Mientras en el artículo 2 C de c se recogen las fuentes de integración de los contratos, en el artículo 50 C de c se regula un supuesto de integración de normas legales por remisión a otras normas. Por lo tanto, las normas de «Derecho común» a las que se refieren uno y otro precepto no pueden ser las mismas. Si el artículo 2 C de c se ocupa de la integración contractual, hay que entender que al referirse al derecho común lo hace a las normas integradoras de los contratos del Derecho común, es decir, a normas dispositivas reguladoras de cada tipo contractual (arts. 1445 y ss CC) y normas dispositivas sobre obligaciones (arts. 1088 ss) normas a las que se refiere igualmente el artículo 1258 CC. Por el contrario, la referencia al Derecho común del artículo 50 debe entenderse realizada —como se deduce del propio tenor literal— a «lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes», es decir, a las normas (imperativas) generales sobre contratos que después serían arts. 1261ss CC. La función de una y otras normas es muy diferente y el codificador era consciente de ello».

Por lo tanto, el Artículo 001-4 del ACM (Jerarquía de normas) es claramente una norma de integración legal, en el que desparece la referencia al «Derecho común», para adoptar la de «legislación civil», como «cláusula de cierre» de dicha función integradora normativa.

La importancia de lo anterior se revela si entendemos efectivamente que la integración de la norma jurídica es una de las labores que conocemos dentro de lo que se denomina como «aplicación de la norma jurídica», como de hecho revela el rótulo del Título Preliminar del Código Civil: «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia»²⁵, con la que el jurista cuenta para colmar las lagunas del Derecho, por ello de acuerdo con una interpretación —con utilización de los criterios que nos proporciona el artículo 3 del Código Civil— de lo previsto en el artículo 149.1.6 de la Constitución española que reserva como competencia exclusiva del Estado la legislación mercantil y entendiendo dentro de dicha competencia la meritada función integradora normativa (puesto que además, observamos que en relación con la legislación civil, se prevé en el artículo 149.1.8 en cuanto a la conocida reserva de competencia exclusiva en favor del Estado²⁶, «En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas...»), podemos deducir que en el Artículo 001-4 del ACM se está ejercitando una competencia exclusiva estatal para determinar que la integración normativa del futuro Código Mercantil ha de hacerse conforme a «...la legislación civil, según su sistema de fuentes».

IV. UNA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO «LEGISLACIÓN CIVIL» USADO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Ubicada la cuestión dentro de la supletoriedad o no del derecho foral o derecho civil especial para integrar al Derecho mercantil, dado que el sistema de fuentes de nuestro Ordenamiento Jurídico español se encuentra previsto en el artículo 1 del Código Civil, una posible interpretación del concepto «legislación civil» en el Anteproyecto de Código Mercantil ha de pasar a nuestro juicio y en la materia que nos ocupa por el significado que al mismo haya de atribuirse en el artículo 149.1.8 de la Constitución española²⁷ cuando reserva como competencia exclusiva del Estado dicha «legislación civil» y del que en sede de jurisprudencia constitucional se haya realizado.

En primer lugar, a nuestro juicio, es necesario poner de manifiesto que la referencia que hace el artículo 149.1.8 de la Constitución española al concepto «legislación civil» lo es a la legislación del Estado, ya que el concepto «derechos civiles forales o especiales» se utiliza en relación con el correspondiente Derecho autonómico²⁸.

Sin embargo, la idea del concepto «legislación civil», en cuanto a la delimitación del campo «civil» desde los albores de la historia de nuestra jurisprudencia constitucional ni ha sido fácil ni se ha llevado a cabo con claros frutos²⁹.

Para intentar contraponer el concepto «legislación civil» del concepto «legislación mercantil», la sentencia del Tribunal Constitucional de núm. 37-1981 de 16 noviembre (RTC 1981/37), ya nos ponía sobre aviso de la polémica doctrinal, al pronunciarse del siguiente tenor:

«La cuestión acerca de la congruencia o incongruencia de los artículos 25.1, 28 y 29 (según veremos después, también del 34) de la Ley impugnada con la reserva establecida en el artículo 149.1.6, de la Constitución no tiene, a primera vista, respuesta fácil, porque el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento no es en modo alguno preciso y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal siempre viva. Como es obvio, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el derecho público y el derecho privado, dentro del cual hay que situar sin duda el derecho mercantil. En efecto, aquellas concepciones del mismo que lo definen como «la parte del derecho patrimonial privado que regula el Estatuto profesional de los titulares de las Instituciones de producción económica características del sistema capitalista, los empresarios mercantiles, así como el tráfico que estos realizan para colocar en el mercado los bienes y servicios producidos», o, mas sucintamente, «el derecho privado de la actividad económica desarrollada por los empresarios», que cuentan sin duda entre los más autorizados de nuestra doctrina, trasladan en último término el problema de la delimitación conceptual del derecho mercantil, al menos en la dimensión que ahora nos importa, al de la delimitación entre derecho privado y derecho público.»

Dicha polémica doctrinal sobre la mercantilidad se ve reflejada en el ACM —como hemos apuntado—, aunque si lo anterior no es claro, menos lo es el auténtico sentido de «legislación civil» en el ACM en cuanto a si el mismo comprende no solo el Derecho civil estatal sino también el Derecho civil autonómico, con el consabido problema en cuanto a la labor integradora de lo regulado en el Código Mercantil proyectado.

Ni siquiera, creemos, que la polémica sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31-2010 de 28 junio (RTC 2010/31) sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Estatuto de Cataluña, en su Fundamento Jurídico núm. 76 nos revela claridad sobre el concepto de «legislación civil», cuando razona lo siguiente:

«Por ello, “la competencia exclusiva en materia de derecho civil” a que se refiere el artículo 129 EAC ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del derecho civil catalán que son “la medida y el límite primero de las competencias... atribuibles y ejercitables” por las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 149.1.8.^a CE (STC 88/1993, F. 1).

Obviamente, el hecho de que el artículo 129 EAC no se refiera expresamente a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil no perjudica, en absoluto, a la prescripción del primer inciso del artículo 149.1.8 CE, pues es evidente que las competencias atribuidas por la Constitución al Estado no precisan de confirmación alguna en los Estatutos de Autonomía (fundamentos jurídicos 59 y 64). Con mejor propiedad, el Estatuto ha de limitarse a la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma respectiva, siendo así que la única que el Estatuto catalán puede atribuir a la Generalitat, en el ámbito de la legislación civil, es la que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil de Cataluña, debiendo pues entenderse que “la competencia exclusiva en materia de derecho civil” se contrae a ese específico objeto, sin extenderse al propio de la “legislación civil” como materia atribuida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso del artículo 149.1.8 CE.

De otro lado, el artículo 129 EAC no deja de señalar los límites constitucionales a los que está en todo caso sometida la competencia autonómica en relación con el Derecho civil catalán, pues la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre ese Derecho no puede en ningún caso afectar a las materias referidas en el inciso segundo del artículo 149.1.8 CE, según dispone expresamente el precepto enjuiciado.

En fin, la previsión de que la competencia autonómica atribuida por el artículo 129 EAC “incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña” no supone una infracción del artículo 149.1.8 CE en el punto en que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la “determinación de las fuentes del Derecho” en todo el territorio nacional. En efecto, esta competencia del Estado no es incondicional u omnímoda, sino expresamente sometida al “respeto... a las normas de derecho foral o especial” (art. 149.1.8 CE), lo que implica, necesariamente, que en la determinación del sistema de fuentes del Derecho la legislación civil del Estado habrá de tomar en consideración y respetar aquellas normas. La competencia exclusiva sobre el Derecho civil de Cataluña, en tanto que Derecho foral o especial, comprende, pues, la competencia para la determinación de las fuentes de ese específico Derecho, siendo claro que esa competencia autonómica ha de sujetarse en su ejercicio a la competencia que corresponde al Estado para la “determinación de las fuentes del Derecho” en todo el territorio, por más que en dicho ejercicio el Estado venga siempre obligado a respetar los sistemas normativos privativos de los distintos Derechos civiles forales o especiales [STC 47/2004, de 25 de marzo (RTC 2004, 47), F. 13].

En definitiva, el artículo 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino solo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfectamente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, en los términos establecidos en nuestra doctrina, y en la que se comprenda la determina-

ción de su propio sistema de fuentes. Determinación que, como función normativa, solo puede tener el alcance que es propio de las funciones de "conservación, modificación y desarrollo" del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse esta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el artículo 149.1.8 CE. Sistema privativo de Derecho civil, por tanto, que el legislador del Estado debe respetar al ejercer su competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del Derecho en su integridad y para el conjunto del Estado, esto es, articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil por razón de la especialidad o foralidad, "allí donde existan" (art. 149.1.8 CE).

Interpretado en esos términos, el artículo 129 EAC no es contrario a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo»³⁰.

Sin embargo, DÍEZ-PICAZO³¹ analiza con rigor el concepto «legislación civil» al que hace referencia el artículo 149.1.8 de la Constitución española, al razonar que: «Creo que podemos decir, sin duda, que es la legislación civil contenida en el Código Civil o en las leyes civiles especiales que se refiere a la ordenación jurídica de la persona, capacidad, estados civiles, derechos de la personalidad, la que regula el sistema del derecho de propiedad y de los derechos reales sobre los bienes, la que regula los contratos en general y los contratos típicos, que no han pasado a formar parte de otras disciplinas pertenecientes a la órbita del Derecho privado, así como el régimen de la responsabilidad civil o Derecho de daños y, de forma indiscutible, la que regula el Derecho de familia, matrimonio y relaciones paterno-familiares e instituciones tutelares y el Derecho de sucesiones. Ocurre, sin embargo, que en el Derecho civil y en el Código Civil hay más cosas. Hay una serie de técnicas que pertenecen a la parte general, que no es ya del Derecho privado, sino del Derecho en general. Recordemos los conceptos y las teorías del derecho subjetivo o del negocio jurídico. ¿Puede decirse, desde el punto de vista de la Constitución y del Derecho constitucional, que la utilización de estas técnicas constituye materia de la legislación civil y, por consiguiente, competencia exclusiva del Estado? Me parece que sería muy aventurado sostenerlo así. El problema se suscitó en la STC 37/1987, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado sobre la Ley de la Reforma Agraria de Andalucía. En alguno de los preceptos de dicha Ley se hacía alguna alusión a un posible fraude de ley, para decretar su ineficacia o su invalidez. Los recurrentes opinaban que la utilización de la idea de fraude de ley violaba el artículo 149.1.8.^a, y la sentencia, con buen criterio, dijo que no. Efectivamente, la técnica del fraude de ley es examinada especialmente en los libros de Derecho civil, pero nada permite entender que sea una institución exclusivamente civil. La misma técnica puede ser utilizada por otras leyes (v.gr., fiscales o administrativas), sin que el hecho de esta utilización de algunas técnicas de calificación de diferentes actos o situaciones (p. ej., como derecho subjetivo o como negocio jurídico) o de sanción (p. ej., nulidad, anulabilidad, indemnización, etc.). La utilización de estas técnicas originariamente civiles, en una concepción académica del Derecho civil, no significa que desde el punto de vista constitucional haya vulneración de las competencias sobre legislación civil. Para medir las competencias y delimitar el concepto hay que atender más a las instituciones reguladas que a las técnicas utilizadas para ello. La utilización de los conceptos de abuso del Derecho o de prescripción de las acciones nos conduce a reflexiones semejantes.

Algun problema de no fácil solución plantean, en la misma línea de delimitación del concepto central del artículo 149.1.8.^a, algunas de las normas que afectan al derecho de propiedad. No puede dudarse que la propiedad es una institución

de Derecho civil. Es una de las instituciones centrales. Sin embargo, el régimen jurídico de las limitaciones del dominio es uno de los puntos fronterizos, clásicamente entre el Derecho civil y el Derecho administrativo. Por eso, si bien la regulación general del derecho de propiedad pertenece a la legislación civil, no puede decirse lo mismo de la regulación de lo que tradicionalmente llamábamos propiedades especiales. Algunas de estas propiedades especiales aparecen en muchos de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas regidas por el artículo 148. Así, por ejemplo, las referencias a la caza y a la pesca, al régimen minero, a los montes o al patrimonio histórico-artístico, sin que nada permita entender que la referencia se haga únicamente a las cuestiones que sean solo de Derecho administrativo»³².

V. CONCLUSIONES

Como consideramos, ha de sostenerse que la integración normativa de una laguna típicamente mercantil ha venido y debería seguir haciéndose mediante el recurso a la aplicación única y exclusivamente de la norma mercantil estatal que el intérprete jurídico encuentre para dicha integración legal, de acuerdo con la competencia constitucional estatal mercantil existente, máxime a la luz de la jurisprudencia citada en materia de seguros.

Ahora bien, en nuestra opinión puede sostenerse interpretativamente que el hecho de que en el ACM desaparezca el concepto jurídico de *Derecho común* en detrimento del de «legislación civil», hace que la integración normativa de una laguna que derive de un contrato mercantil pero referente a un concepto de derecho civil haya de realizarse igualmente desde la aplicación por el intérprete de la norma civil estatal que pueda sustentar el caso analizado en función del alcance constitucional de dicho concepto y de la distribución competencial que realiza al respecto nuestra Carta Magna, sin que pudieren utilizarse en su contra los consabidos argumentos de la aplicación territorial de la norma civil autonómica.

Un resultado hermenéutico contrario al aquí propuesto —de acuerdo con la redacción expuesta del ACM—, nos llevaría a tener que plantearnos en un contrato mercantil cuestiones propias del Derecho Interregional, que como sabemos adolece en numerosos aspectos de una adecuada regulación.

Dado la mercantilidad de la materia y la especial incidencia de la persona jurídica de tipo mercantil en el tráfico, el hecho de tener que acudir a la solución conflictual del Derecho Interregional supondría, por ejemplo, tenernos que plantear problemas como el de la vecindad civil de la persona jurídica y si la misma puede determinarse conforme al domicilio o al ámbito territorial donde desempeñan sus actividades³³, lo que nos hace recordar inevitablemente el voto particular que pusieran DÍEZ-PICAZO y RUBIO LLORENTE a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 72-1983 de 29 julio (RTC 1983N72), con el siguiente tenor:

«2. Por otra parte, consideramos que no se ha profundizado debidamente en la idea de la posible regionalidad (?) de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico resultante de la Constitución. En la Ley que aprobó la Compilación del Derecho Foral de Navarra en 1973 (RCL 1973/408, 456; RCL 1974/1077 y NDL 22212) se admitió la posible consideración de una persona jurídica como titular de la condición foral navarra. El artículo 9.11 del Código Civil dice que la Ley personal correspondiente a la persona jurídica es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Y como el artículo 9.11 es aplicable según

el artículo 16 del mismo Código para resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones en el territorio nacional, no resulta difícil entender que la ley correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su condición regional. Es verdad que el artículo 16 del Código Civil habla de coexistencia de distintas legislaciones civiles. Obedece ello, como es sabido, a que en el momento de dictarse el pluralismo jurídico existente en España era exclusivamente el de orden civil, lo que no impide la aplicación de las mismas normas a los conflictos determinados por la coexistencia de legislaciones de otro orden, dado que el sistema de derecho interregional que allí se encuentra es el único existente en el Derecho español, prescindiendo del carácter común que se pudiera atribuir al Código Civil».

En fin, quizás una de las múltiples cuestiones que a buen seguro sería necesario o conveniente que fueran objeto de aclaración durante el proceso codificador del ACM sea la que aquí hemos tenido ocasión de plantear, lo cual debería tratarse desde un punto de vista estrictamente jurídico dentro del marco constitucional competencial correspondiente sin que decisiones o motivaciones de otra índole interfieran en dicha labor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLFARO AGUILA-REAL: *El papel en los usos en el Código de Comercio* (notas para una reinterpretación del art. 2 C de c). www.uam.es
- ÁLFARO AGUILA-REAL: <http://derechomercantilespaña.blogspot.com.es/2014/06/el-ante-proyecto-de-codigo-mercantil-i.html>
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ: «La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de lex fori y Derecho Común dentro del pluralismo jurídico español». *Indret*. 1/2012.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ: «Extensión de la plurilegalización civil española». *La competencia en materia de derecho civil en la STC 31/2010. Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum*: José Luis IGLESIAS BUHIGUES/coord., por Carlos ESPUGUÉS MOTA, Guillermo PALAO MORENO, Manuel Alejandro PENADÉS FONS, 2012.
- BARRAL VIÑALS: «Los indeterminados límites del Derecho Autonómico Civil», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.
- DE CASTRO Y BRAVO: «El término Derecho Común en el Código de Comercio». Anuario de Derecho Civil, 1969, págs. 839 y sigs., en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico DE CASTRO*. Centro de Estudios Registrales, Tomo II. — *Derecho Civil de España*. Editorial Civitas, 1985.
- DELGADO ECHEVARRÍA: «Comentario conjunto a la STS de 19 de enero de 1987 y a la STS de 16 de febrero de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 13.
- DÍEZ DEL CORRAL: «El Derecho foral como supletorio del Derecho mercantil» (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968), *Anuario de Derecho Civil*, XXIII.
- DÍEZ-PICAZO: «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en Materia de Derecho Civil [en, *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*], Editorial Tecnos, Madrid, 1989], en *Ensayos Jurídicos*. Tomo I. Thomson Reuters, Civitas, 2011.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Tecnos, 12.^a edición (2012).

- ESPIAU ESPIAU: «L'aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi civil de Catalunya», *Indret* 2/2013.
- ESPIAU ESPIAU: «Comentario a la Sentencia de 6 de septiembre de 2013», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94/2014.
- GARCÍA RUBIO: «Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado». *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, núm. 1/2013.
- GIRÓN TENA: «El concepto del Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado». *Anuario de Derecho Civil*, 1954-III.
- GULLÓN BALLESTEROS: *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.
- JIMÉNEZ CAMPO: «Interpretación de la Constitución», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III. Editorial Civitas,
- LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, I. Editorial Bosch, 1988.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ: «Comentarios a las reformas del Código Civil». *El nuevo título preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975*. Ed. Tecnos, 1975.
- MORALES MORENO: *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas. 2006.
- REDONDO TRIGO: «De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado europeo. Hacia un nuevo *Ius Commune*». *Anuario de Derecho Civil*. Vol 64, núm. 4, 2010.
- ROCA I TRIAS: «El antiguo artículo 12 del Código Civil y la historia del derecho supletorio». *Centenario del Código Civil*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. II.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «Competencia de los Parlamentos autómicos en la elaboración del Derecho civil». Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución. *Anuario de Derecho Civil*, 1986, IV.
- ZIMMERMAN, R.: Estudios de Derecho Privado Europeo, Editorial Civitas, 2000, pág. 58.
- (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC núm. 72-1983 de 29 julio (RTC 1983/72).
- STC núm. 37-1981 de 16 noviembre (RTC 1981/37).
- STC núm. 31-2010 de 28 junio (RTC 2010/31).
- STC de 28 de junio de 1968 (RJ 1968/3607).
- STC de 16 de febrero de 1987 (RJ 1987/698).
- STC núm. 533-2013 de 6 septiembre (RJ 2013/5927).
- STC núm. 534-2013 de 6 septiembre (RJ 2013/5928).
- SAP de Barcelona de 4 de noviembre de 2013 (Sección 1.^a) (JUR 2013/381428).
- SAP de Barcelona de 10 de diciembre de 2013 (Sección 16.^a) (JUR 2014/21578).
- SAP de Barcelona de 7 de abril de 2014 (Sección 1^a) (JUR 149/652).

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. «De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado europeo. Hacia un nuevo *Ius Commune*». *Anuario de Derecho Civil*. Vol 64, núm. 4, 2010, págs. 1643-1682.

² ZIMMERMAN, R. *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Editorial Civitas, 2000, pág. 58.

³ ZIMMERMANN, R. (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999.

⁴ Sobre estos aspectos, *vid.* MORALES MORENO. *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas. 2006.

⁵ Boletín del Ministerio de Justicia núm. 1998, págs. 108 y sigs.

⁶ Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIII. Enero de 2009.

⁷ GARCÍA RUBIO. «Una propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado». *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, núm. 1/2013.

⁸ *Actualiza: Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España.*

⁹ ÁLFARO AGUILA-REAL. <http://derechomercantilespaña.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-código-mercantil-i.html>

¹⁰ *Vid.*, al respecto, el magistral trabajo del profesor GIRÓN TENA: «El concepto del Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado». *Anuario de Derecho Civil*, 1954-III, págs. 695 y sigs.

¹¹ La bibliografía al respecto es extensísima, baste citar, por ejemplo y como recientes los trabajos críticos de Espiau Espiau: «L'aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi civil de Catalunya», Indret 2/2013, y «Comentario a la Sentencia de 6 de septiembre de 2013», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 94/2014 parte Sentencias.

¹² GULLÓN BALLESTEROS. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, pág. 31.

¹³ Sobre la supletoriedad del Código Civil, con abundante bibliografía al respecto, *vid.* por ejemplo, LALAGUNA DOMÍNGUEZ. *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley 2 de mayo de 1975*. Ed. Tecnos, 1975, págs. 239 y sigs.; ROCA I TRIAS. «El antiguo artículo 12 del Código Civil y la historia del derecho supletorio». *Centenario del Código Civil*. Editorial Centro de Estudios Ramón ARECES, Vol. II, págs. 1777 y sigs.

Sobre la cuestión foral, *vid.*, DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España*. Editorial Civitas, 1985, págs. 211 y sigs.; LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil*, I. Editorial Bosch, 1988, págs. 89 y sigs.

¹⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ. «La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho Común dentro del pluralismo jurídico español». *Indret*, 1/2012.

¹⁵ *Vid.*, la crítica a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987, realizada por DELGADO ECHEVERRÍA. «Comentario conjunto a la STS de 19 de enero de 1987 y a la STS de 16 de febrero de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 13, págs. 4325-4344.

¹⁶ Nos referimos al texto aprobado por el Gobierno el día 30 de mayo de 2014.

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO. «El término Derecho Común en el Código de Comercio». *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 839 y sigs., en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Centro de Estudios Registrales, Tomo II, págs. 1069 y sigs., quien mantiene en contra de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968 que el término *Derecho Común* en el Código de Comercio de 1885 no puede referirse a otra cosa que a lo que se entendía por él en el Código de Comercio de 1829, razonando al efecto (*vid.* págs. 1074 y 1075) lo siguiente: «Los hechos recordados permiten ya obtener las siguientes conclusiones. El Código de 1829 no pudo utilizar la denominación “Derecho Común” en el sentido del Derecho romano, pues en la doctrina y en la práctica se le había negado que tuviera en España tal carácter. Menos aún puede pensarse que la referencia del Código se hiciera en favor de los Fueros Provinciales y Locales; en la época, hubiera sido inconcebible, una *contradiccio in terminis*, ya que sería calificar de común a lo que era considerado Derecho particular singular. Parece, por tanto, que la remisión hecha por el Código de Comercio de 1829 al “Derecho común”, habrá que entenderla realizada al “Derecho civil llamado de Castilla”».

DE CASTRO se aparta así del criterio de dicha sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968 y de la prematura opinión que sobre la misma hiciera DÍEZ DEL CORRAL en su trabajo: «El Derecho foral como supletorio del Derecho mercantil (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968)», *Anuario de Derecho Civil*, XXIII, págs. 399-404. De Castro construye su teoría sobre la realización de un sobresaliente análisis del elemento histórico de la norma, así como de la opinión de la doctrina mercantilista de la época y de los postulados de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que se ocuparon del particular:

sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1866; 27 de diciembre de 1888, 5 de octubre de 1894 y 28 de abril de 1899.

¹⁸ Sin embargo, sí hemos encontrado dos únicas al Derecho Común en el ACM, aunque no lo han sido en su articulado, sino en los siguientes apartados de su Exposición de Motivos:

«VII-5. Por lo que se refiere a los documentos que merecen la calificación de título-valor, se considera que la documentación de un derecho patrimonial en un título-valor y la aplicación del régimen especial que lo caracteriza solo tienen un mero valor instrumental. De ahí que se haya destacado que el título valor no «incorpora» el derecho al documento, si no que la esencia del título valor es la de representar, documentar derechos patrimoniales que por decisión del Ordenamiento jurídico quedan sometidos a normas especiales distintas de las del derecho común. En esta línea se incluyen tanto los títulos emitidos de forma singular como los emitidos en serie; se han desechar, por tanto aquellas concepciones disgregadoras para las que ambas clases de títulos no debían regularse de una manera unitaria ni someterse a un régimen común. Y por otro lado, dado el carácter especial de su régimen legal se ha optado por cerrar el ámbito de los documentos que merecen esta caracterización solo se consideran títulos-valores los reconocidos como tales por la ley.»

«VII-15. Pero ello no supone que esta sea una nueva forma de entrega; la eficacia traslativa que resulta del título de tradición es la mera consecuencia de aplicar las normas generales del Derecho privado, si bien estas se ven modalizadas porque el derecho a la restitución se documenta en un título-valor, lo que comporta normas especiales de tutela de los terceros adquirentes de buena fe. Y son también las reglas del Derecho común las que determinan el alcance y límites que deben reconocerse a la traditio realizada a través de los títulos, de forma que en caso de conflicto entre el adquirente de buena fe del título y de la posesión inmediata de las mercancías mismas, prevalecerá el segundo.»

¹⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL critica la construcción del mismo, del siguiente modo: «La regulación de las “fuentes del Derecho Mercantil” es, también, decimonónica. Han reproducido el artículo 2 del Código de Comercio que, como expusimos en un trabajo, es producto de un error o, mejor, de una voluntad política muy concreta. Su contenido debería incluirse en la parte de obligaciones y contratos pero los codificadores querían tener un precepto que enumerara las fuentes del Derecho Mercantil e incluyeron el artículo 2 que, bien entendido, no hace sino reproducir el contenido del que sería el artículo 1258 CC (los contratos obligan a lo pactado, y a lo que sea conforme con los usos y la buena fe). Resulta ridículo afirmar en 2014 que las “materias” mercantiles se rigen por las normas del Código —una tautología— “en su defecto (por) los usos de comercio” (que solo existen en el ámbito de la contratación) y que la aplicación del Derecho Civil solo se produce “en defecto de reglas especiales mercantiles”, lo que es otra obviedad ya que es lo que resulta de la aplicación del principio *lex specialis derogat generalis*.

En definitiva, puesto a copiar las memorias de cátedra sobre “Concepto y Método” de la asignatura de Derecho Mercantil, podrían haber copiado alguna más moderna». <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>

²⁰ Ni el artículo 001-4 del ACM ni su justificación realizada en el apartado I-18 de su Exposición de Motivos han sufrido variación alguna en relación con la supletoriedad de la «legislación civil» respecto de lo que aparecía en la Propuesta de Código Mercantil («PCM») elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación en 2013 en función del encargo que le realizará el entonces Ministro de Justicia Exmo. Sr. D. Juan Fernando López Aguilar en virtud de Orden de 7 de noviembre de 2006.

En este sentido el apartado I-14 de la Exposición de Motivos de la PCM expresaba que: *I-14. El Código no se plantea ninguna cuestión de fuentes ni de autonomía legislativa del Derecho mercantil, sino que, partiendo de su carácter de Derecho especial, se limita a acotar su propia materia, a la que son aplicables, en primer lugar, las normas del Código y, en su defecto, los usos de comercio, en reconocimiento de la importancia de éstos, no ya en el origen de esta rama del Derecho sino en el moderno tráfico; solo en defecto de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se aplicarán a esta materia las de la legislación civil, según su sistema de fuentes.»*

Por otro lado, el Artículo 001-5 de la PCM, Jerarquía de las normas, preveía lo siguiente: «*A falta de normas en este Código, se aplicarán los usos de comercio y, en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes.*»

Resulta interesante comprobar como la sustitución del concepto «Derecho común» por «legislación civil» ya nace en la Propuesta de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2006, págs. 203 y sigs.) que pretendió la reforma del artículo 50.2 del Código de Comercio, con la siguiente redacción:

«Los contratos mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas en este Código y en las leyes mercantiles que lo complementan, en su defecto por los usos mercantiles observados en el sector económico de que se trate y a falta de éstos por las disposiciones de la legislación civil. Serán aplicables a los contratos mercantiles con los consumidores las normas para la protección de éstos, establecidas en este Código o en Leyes especiales.»

²¹ El artículo 2 del Código de Comercio prevé expresamente que: «*Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.*» Por su parte, el artículo 50 del Código de Comercio establece que: «*Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.*»

²² Sobre la función del artículo 2 del Código de comercio, con abundante bibliografía y exposición de la cuestión en la doctrina mercantilista, *vid.*, ÁLFARO AGUILA-REAL. «El papel en los usos en el Código de Comercio (notas para una reinterpretación del art. 2 C de c)». www.uam.es

²³ La norma general de interpretación de los contratos mercantiles que dedica el ACM es la siguiente:

«Artículo 414-1. Norma general.

El contrato mercantil debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Para determinar esta intención común se tendrán en cuenta todas las circunstancias y, en particular, los términos del contrato, las negociaciones previas, las prácticas entre los contratantes, la conducta de estos después de celebrado el contrato, la naturaleza y finalidad del mismo y los usos y el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo sector de actividad económica.»

²⁴ *Vid. op. cit.* págs. 19 y 20.

²⁵ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Tecnos, 12.^a edición (2012), pág. 164, sobre dicho rótulo del Título Preliminar del Código Civil, lo critican diciendo que: «...El Título Preliminar no ha sido afortunado al rotular con el pomposo título “De la aplicación de las normas jurídicas” dos preceptos que solo se ocupan de una parte de esa tarea, en la que la interpretación de la norma es una fase destacada, pero de ninguna manera la que absorbe a todas las demás», para más tarde (pág. 176) ofrecernos el significado de la integración de la norma jurídica como método para suplir las lagunas del Derecho, del siguiente modo: «Si la interpretación es la atribución de sentido a una norma de formulación conocida (v. gr., un texto legal), la integración constituye una actividad de signo diferente. Mediante ella no se trata de establecer el significado de una norma, sino de suplir o salvar un defecto del material normativo del que de modo inmediato se dispone. Por ello, el tema general de la integración de las normas se conoce en la técnica con el nombre de lagunas del Derecho, y abarca también el modo o procedimiento para suplir o llenar tales lagunas».

²⁶ JIMÉNEZ CAMPO. «Interpretación de la Constitución», voz de la *Encyclopedie Jurídica Básica*, vol. III. Editorial Cáritas, págs. 3685 y siguientes, se refiere al respecto de la siguiente forma: «Interpretación “de la Constitución” (...) e interpretación «constitucional» no son, pues, nociones coincidentes, (...). La interpretación de la que se trata (la primera) es, ante todo, interpretación jurídica, por más que (...) la misma difiera no poco, en aspectos de relieve, de aquella de la que son objeto otros textos normativos». Así, «Los criterios tradicionales que, sobre la base de la inicial construcción de Savigny, así enuncia el artículo 3.1 del CC puede y deben ser empleados, desde luego, en la interpretación de las normas

constitucionales; pero ni se agota en ellos (...) el elenco de los que están a disposición del intérprete ni tales criterios han de proyectarse sobre la norma sin identificar antes algunos principios que deben orientar la labor del intérprete y otorgar preferencia, en su caso, a uno u otro de aquellos puntos de vista».

²⁷ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *vid. op. cit.* pág. 77, ya nos advierten de la dificultad del problema hermenéutico en cuanto al significado global de dicha norma jurídica y nos ofrecen una interpretación correcta de la misma, de la siguiente forma: «El precepto transcrita ha sido siempre de difícil inteligencia, porque se produce a través de una serie de rodeos. En nuestra opinión, la mejor comprensión del precepto aconseja distinguir en el tres reglas:

1^a. La regla general, que es la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, que debe entenderse como un principio general.

2^a. La regla de salvaguarda sobre la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos forales en ellas existentes, con una atribución de competencias a estas Comunidades Autónomas.

3^a. Finalmente, lo que se puede llamar la «reserva final», pues el precepto dice que «en todo caso» son competencia exclusiva del Estado las que la segunda parte del precepto menciona.

Ello, no obstante la inteligencia del precepto, ha dado lugar a variantes de interpretación. Para la primera, que coloca el centro de gravedad en lo que hemos llamado «cláusula de salvaguarda», cualquier competencia regional en materia de Derecho civil pasa, como presupuesto imprescindible, por la preexistencia, en el momento de la promulgación de la Constitución, de Derecho foral en tal Comunidad, y lo que hemos llamado «reserva final» es el límite infranqueable de las competencias de desarrollo del Derecho foral. De esta suerte, como hemos visto, la preexistencia del Derecho foral es presupuesto de la competencia de cualquiera de las Comunidades Autónomas y, por tanto, no puede ni podrá tener competencia en materia de Derecho civil aquella Comunidad Autónoma donde no existía (ni, más aún, donde nunca hubiera existido) Derecho foral.

Una segunda forma de entender el precepto, que encuentra su fundamento en los antecedentes y en los trabajos de las Cortes Constituyentes, entiende que la competencia exclusiva del Estado se encontraba y se encuentra en lo que antes hemos llamado «reserva final», mientras que la «cláusula» de salvaguarda se introdujo para despejar los recelos de los foralistas, aunque, lógicamente, atribuyó a alguna Comunidad Autónoma competencias que de otra suerte no parece que pudiera haber tenido.

La conclusión de todo este proceso de interpretación del precepto es que los antiguos Derechos civiles especiales han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas y son, por consiguiente, Derechos autonómicos. La segunda conclusión, que resulta obvia también, es que, a partir de la aprobación de los Estatutos de Autonomía, las competencias legislativas, en orden a la modificación o al desarrollo y en general a la legislación que los Estatutos permitan, son obra de las Asambleas Parlamentarias de las Comunidades Autónomas. La tercera conclusión es que la delimitación de las competencias en materia de Derecho civil, a salvo siempre lo que hemos llamado «reserva final», está en función de los Estatutos de Autonomía.

²⁸ *Vid.*, BARRAL VIÑALS. «Los indeterminados límites del Derecho Autonómico Civil» en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003, pág. 238, quien se pronuncia al respecto del siguiente modo: «La distribución competencial en derecho civil utiliza dos conceptos distintos en el artículo 149.1.8: *legislación civil* para referirse a la competencia del Estado y *derechos civiles forales o especiales* para referirse a los derechos autonómicos».

²⁹ *Vid.*, SÁNCHEZ GONZÁLEZ. «Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil. Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución». Anuario de Derecho Civil, 1986, IV, págs. 1124 y sigs., quien ya afirmaba (pág. 1124) que: «la expresión “legislación civil” del artículo 149.1.8 dista mucho de ser clara, por lo que es necesario conocer los límites de este bloque de competencia».

³⁰ *Vid.*, el interesante comentario que sobre la STC 31/2010, realiza Álvarez González. «Extensión de la plurilegislación civil española. La competencia en materia de derecho civil en la STC 31/2010». *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum*: José

Luis IGLESIAS BUHIGUES (coord.) por Carlos ESPLUGUES MOTA, Guillermo PALAO MORENO, Manuel Alejandro PENADÉS FONS., 2012, págs. 23-40. Coincidimos con este autor cuando afirma que la STC 31/2010, en su particular interpretación constitucional, atribuye la misma materia «derecho civil» (Comunidad Autónoma de Cataluña) y «legislación civil» (Estado) a dos competencias legislativas diferentes, de forma incorrecta ya que con claridad la competencia de la misma es exclusiva del Estado.

³¹ DÍEZ-PICAZO. «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en Materia de Derecho Civil» [en, *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, págs. 13 y sigs. Editorial Tecnos, Madrid, 1989], en *Ensayos Jurídicos*. Tomo I. Thomson Reuters, Civitas, 2011, págs. 335 y sigs.

³² Para un desarrollo de la cuestión, *Vid.* BARRAL VIÑALS. «Los indeterminados límites del Derecho Autonómico Civil» en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte General. Thomson-Civitas, 2003.

³³ *Vid.*, VAQUER ALOY y las posiciones doctrinales citadas por este autor en «Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídica». *Revista de Derecho Privado*. 1996, tomo 80, núm. Septiembre, pp. 615-634», quien concluía razonando lo siguiente (págs. 633 y 634): «De *lege data*, ninguna norma de vigencia estatal contempla una posible vecindad de las personas jurídicas (aparte del juego de los arts. 9.11 y 16.1.1.^a del CC, únicamente lo hace el artículo 15 de la Compilación navarra). Si se admite nuestro razonamiento anterior en el sentido de que la vecindad civil de las personas jurídicas la determina su sumisión al «Derecho Civil Común» o a uno de los «derechos civiles, forales o especiales», del análisis de los preceptos a partir de los cuales, en todo caso, podría deducirse tal vecindad, se observa que se dibujan criterios distintos de sumisión a los «derechos civiles» según las concretas personas jurídicas. Para asociaciones y fundaciones, creemos que, a la vista del derecho vigente, el único dato legal que aporta un mínimo de seguridad al tema es el del «ejercicio principal de funciones» sobre todo si coincide su ámbito territorial con el de vigencia de la ley conforme a la cual se haya constituido la persona jurídica, mientras que para las Cajas de Ahorro, de la normativa vigente parece desprenderse como criterio el del domicilio.

Por consiguiente, de *lege ferenda*, se hace necesario, por más que el problema sea probablemente más teórico que práctico, que el legislador estatal proceda a establecer legalmente los criterios de atribución y de pérdida-cambio de vecindad civil también para las personas jurídicas, aunque parece difícil que pueda establecerse un criterio un criterio uniforme para todas las personas jurídicas, puesto que no cabe obviar la distribución de competencias sobre ellas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en la medida en que los criterios son distintos según las concretas personas jurídicas de que se trate. Y no solo de las personas jurídicas de Derecho civil, sino que incluso, sería conveniente que comprendiera las sociedades mercantiles, puesto que debe recordarse que la S.T.S de 28 de junio de 1968 (Ponente, Francisco BONET RAMÓN) interpretó el término «derecho común» de los artículos 2 y 50 Código de Comercio como abrazando los derechos civiles «forales o especiales», que serían «Derecho común» en su respectivo territorio de vigencia. En definitiva, en atención a la pluralidad de ordenamientos jurídico-civiles en España y a la remisión que el artículo 16.1.1.^a hace al artículo 9.11 del Código civil, consideramos oportuno que el legislador proceda a regular de una manera unitaria la vecindad civil en relación a todas las personas jurídicas».