

# 1

## EL PROBLEMA DE LA UNIDAD DEL DERECHO PRIVADO DEL MERCADO<sup>1</sup>

ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO  
*Catedrático de Derecho Mercantil*

---

### SUMARIO

- I. EL TEMA DE LA UNIDAD DEL DERECHO PRIVADO DEL MERCADO.
- II. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD.
  - 1. El proyecto codificador.
  - 2. La influencia de la Escuela histórica.
  - 3. La “fórmula” de la Constitución de 1931.
  - 4. El régimen de Franco.
  - 5. La Constitución de 1978.
- III. LA REACCIÓN.
  - 1. La “persistencia” del Código Civil.
  - 2. El Código Civil catalán como modelo para la elaboración Código Civil español.
  - 3. La “Propuesta de Código Mercantil”.
  - 4. La alternativa.
- IV. REFLEXIÓN FINAL.

Magnífico Rector, Ilustrísimo Decano, Dignísimas autoridades, apreciados colegas, jóvenes graduados de esta Facultad de Derecho, señoras y señores.

Cada vez que ocupo este estrado me conmuevo. Hace tiempo, mucho tiempo, un joven apenas salido de la adolescencia –tenía entonces 16 años–, recién matriculado en el primer curso de la Licenciatura de Derecho, asistía, sentado en uno de esos bancos, con temor, casi con temblor, al acto de apertura de curso universitario

---

1. Texto de la conferencia pronunciada en el Paraninfo de la Universidad de Oviedo el 7 de abril de 2022 en la Festividad de San Raimundo de Peñafort.

de 1964/1965. Era la apertura nacional. Aquel año había correspondido a la Universidad de Oviedo la inauguración de los cursos de las Universidades españolas. Presidía el Ministro de Educación y Ciencia, MANUEL LORA-TAMAYO. No podía imaginar que mi vida quedaría vinculada a la Universidad: a la Universidad como institución, aquí y allá, y a la de Oviedo, a la que siempre, en los destinos elegidos o posibles, he llevado en lo más profundo del corazón. En 1967 en este mismo Paraninfo asistí al acto de investidura como doctor *honoris causa* de SEVERO OCHOA, el único asturiano galardonado con un Premio Nobel, y aprendí que un gran científico no tiene por qué ser un buen orador. Siendo Catedrático de Universidad, asistí también en este Paraninfo al acto de investidura como doctor *honoris causa*, primero, del fundador de la llamada Escuela Asturiana del Derecho Mercantil, RODRIGO URÍA, ayudante que había sido aquí de tantos maestros universitarios en los años treinta, y, tiempo después al doctorado *honoris causa* de uno de mis maestros más queridos, el también asturiano Profesor AURELIO MENÉNDEZ.

En un plano más íntimo, tengo que evocar, que, más allá de esa pared, en la capilla de la Universidad de Oviedo, me casé con una licenciada en Derecho por esta Universidad e hija de uno de sus Catedráticos.

Naturalmente, todos estos recuerdos permanecen imborrablemente unidos en lo que es mi propia vida y en mi forma de ser y de estar en la Universidad. Por eso, por todo eso y mucho más, me siento obligado a mostrar mi gratitud por haberme invitado a este acto; muchas gracias por darme la ocasión de conmoverme una vez más y de hablar en la festividad de San Raimundo de Peñafort, Patrono de esta Facultad de Derecho, y poder compartir con todos los presentes algunas ideas.

### I. EL TEMA DE LA UNIDAD DEL DERECHO PRIVADO DEL MERCADO

He elegido un tema que todos los privatistas conocen bien, un tema general del que, quizás con apresuramiento, se da casi todo por sabido. Probablemente quienes me escuchan considerarán que voy a hablarles de un tema jurídico. Sí; sin duda. Pero deseo afrontar el problema de la unidad del Derecho privado del mercado (expresión imprecisa, que se utiliza evitando más detalladas consideraciones) de un modo en el que, subyaciendo a las palabras, se aprecie la dimensión política; un tema jurídico, que se desarrolla en un escenario político en el que es posible constatar –y adelantamos ya la idea– el fracaso de los españoles para organizar los particularismos jurídicos –quizás también los otros– de nuestra nación.

En realidad, dos son las aproximaciones al tema enunciado. La primera aproximación está enclaustrada en el ámbito mismo del Derecho civil. Se trata de constatar la coexistencia de distintas legislaciones civiles dentro del Estado, en la que la mal llamada legislación común –mantengamos el término– es arcaica, sin que se aprecie una decidida voluntad de cambio global en los órganos impulsores de la reforma legislativa, frente a las modernas legislaciones autonómicas. Una coexistencia en la que tampoco se aprecia competición alguna entre la insoportablemente vieja

legislación del Estado y la legislación civil de las Comunidades Autónomas. Coexistencia sin competición. Compartimentos estancos. El Derecho común no se aprovecha de los nuevos y más modernos Derechos, también españoles, para actualizarse, a pesar de que es patente la inadecuación del Código civil de 1889 a las necesidades de la sociedad en la que vivimos. En España existen demasiados civilistas que mitifican el Código Civil, cuando en modo alguno debe ser mitificado, o que realizan una eficaz defensa de la situación legislativa con la alegación de la más que centenaria doctrina que lo explica y complementa y de la jurisprudencia que lo aplica.

La segunda aproximación es la que contrapone el Derecho privado general, civil o autonómico, y el Derecho privado especial contenido en el Código de comercio –tan desguazado que constituye una Ley objetivamente marginal– y en las cada vez más numerosas leyes mercantiles especiales. Con esta segunda aproximación se trata de interrogarnos acerca de en qué medida esa pluralidad de Derechos civiles influye o puede influir en la unidad del Derecho mercantil.

## II. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD

### 1. El proyecto codificador

Para analizar el tema, situarnos en el hoy es un error. Sólo desde una cierta perspectiva del éxito y del fracaso del “proyecto codificador” es posible encontrar la explicación de la situación en la que nos encontramos y que padecemos. Hay que empezar, naturalmente, por la Constitución de 1812, que proclama:

*“El Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por las particulares circunstancias puedan hacer las Cortes”* (art. 258).

La influencia de Francia, de las Constituciones francesas de la época, es evidente y, sobre todo, de los Códigos franceses ya aprobados: el Código penal de 1791, el Código civil de 1804 y el Código de comercio de 1807. En España, el Código penal no tardó en promulgarse: el primer Código penal español es de 1822; el primer Código de comercio español tampoco tardó: el Código de Sáinz de Andino es de 1829. No sucedió lo mismo con el Código civil, el ansiado Código civil de toda la Monarquía, la Monarquía de aquí y de allá: de la España europea, de la España americana y de la España asiática.

Si nos interrogamos por la causa de este retraso –que habría de ser persistente–, no fue originariamente la “cuestión foral” la que impidió la codificación. Precisamente los diputados catalanes en las Cortes de Cádiz pidieron instrucciones a la Junta Superior del Principado acerca de cómo enfocar el tema de la unificación del Derecho civil y recibieron una respuesta admirable: es mejor –respondió la Junta– la unificación en un país unificado que cualquier particularismo que pueda prevalecer; los redactores del Derecho civil –añadía– pueden aprovechar de los

particularismos todo aquello que merezca ser generalizado en detrimento de las soluciones tradicionales del Derecho civil.

Pero a la hora de encontrar la causa del inicial retraso, el desconcierto abunda. Tal vez –y formulo la hipótesis con especial prudencia– sucedió lo que ya había sucedido bajo el reinado de José I. Durante esa agitada época (1808-1813) se trajo al castellano el Código civil francés y hay quien dice –el dato histórico habría que constatarlo con mayor precisión– que llegó a estar vigente en Cataluña, territorio al que no se extendía la soberanía del impuesto Rey por entrar ese territorio dentro del propósito de Napoleón de extender Francia hasta el río Ebro. Los “afrancesados” –sin cuyas ideas y proyectos no se puede entender mucho de lo acontecido en los años posteriores– sin duda serían favorables a la aplicación del Código civil francés en los territorios de la Monarquía hispánica. Pero algunas partes de ese Código, muy especialmente el régimen del matrimonio y del divorcio, encontró fuerte oposición de la jerarquía eclesiástica. Bajo Fernando VII, salvo en el trienio liberal, el clima tampoco era propicio para la asunción de las ideas foráneas que explican el Código civil francés de 1804.

Fuera esta la causa o fuera otra, es importante recordar que en 1834 PABLO GOROSABEL, un conocido jurista catalán, publica un Código civil para España, un Código articulado debido, pues, a la iniciativa privada. No deja de ser curioso que el primer proyecto –privado– de Código civil tenga como autor a un catalán.

## 2. La influencia de la Escuela histórica

Hechas estas precisiones, la pregunta acerca de cuándo surge la “cuestión foral”, no puede responderse sin tener presente el nacionalismo jurídico alemán, como movimiento cultural o político cuyo fin último es hacer coincidir la nación alemana, políticamente disgregada, y Estado alemán. En este sentido, la *contaminación* de la cultura catalana con los movimientos románticos nacionalistas europeos, y, muy especialmente, del alemán, es factor del que no se puede prescindir para analizar el conflicto que, a partir de un determinado momento, condiciona el proceso codificador civil en España. En este contexto, la figura de MANUEL DURÁN I BAS es determinante. En 1869 crea la FUNDACIÓN SAVIGNY, a la que habría de incorporarse el Colegio de Abogados de Barcelona; y en 1878 firma el prólogo de la traducción (desde el francés) del *Sistema del Derecho romano actual*. A él se debe la inserción de la cultura jurídica catalana en la Escuela histórica del Derecho y, como consecuencia natural, la oposición a la codificación unitaria del Derecho civil español. En la sesión del día 26 de febrero de 1889, en el Senado, DURÁN I BAS, cuando ya está enquistada la “cuestión foral”, explica con toda claridad no sólo la pertenencia a la Escuela histórica del Derecho, sino la coherencia de esa adscripción como medio para preservar las instituciones seculares y las peculiaridades del Derecho creado a lo largo de los siglos en cada territorio.

La Constitución de 1869 había reproducido la fórmula de la Constitución de Cádiz, pero el alcance de esa fórmula se interpretó de forma distinta cuando el

Partido Liberal de SILVELA, por meras necesidades políticas, hubo de aceptar el mantenimiento de los Derechos civiles propios. Así, cuando se promulga el Código civil español de 1889 la técnica de los anunciados apéndices forales, para salvaguardar aquellas instituciones de los territorios particulares que interesaba reservar y conservar, rompió definitivamente la unidad del Derecho civil español.

### 3. La “fórmula” de la Constitución de 1931

El problema se agrava con la promulgación de la Constitución de 1931. Esta Constitución no afecta directamente al Derecho mercantil, que junto con una larga lista de materias se declara de competencia exclusiva del Estado (art. 15-1.<sup>a</sup>). De este modo la unidad del Derecho estatal privado del mercado quedaba asegurada. Pero sólo a primera vista, porque, en el mismo artículo, inmediatamente a continuación, la Constitución señalaba que, en cuanto a la legislación civil, eran de competencia estatal “la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”. En materia de obligaciones y contratos no mercantiles no había, pues, “reserva general de competencia estatal”. El problema es que el Derecho civil era –y sigue siendo– fuente supletoria del Derecho mercantil (art. 2 C. de c.), y la potencial existencia de Derechos forales de obligaciones podía romper indirectamente la unidad de ese Derecho privado del mercado.

La nueva “fórmula” era objetivamente desafortunada. La historia del compromiso político que en ella subyace ha sido relatada por Regina GAYA SICILIA. En el Anteproyecto que había preparado la Comisión Jurídica Asesora, se atribuía al Estado la competencia exclusiva (“que nunca podrá delegar en las Regiones autónomas”) en materia de Derecho civil, “salvo lo atribuido a los Derechos forales” (art. 8-10.<sup>a</sup>). La Comisión parlamentaria encargada de preparar el Proyecto de Constitución optó por una solución distinta en el primer Dictamen emitido: la de atribuir en el Derecho civil, incluido el hipotecario, una competencia compartida al Estado y a las Regiones autónomas (art. 15), lo que dejaba muy oscura la solución, que se postponía a lo que resultara de los respectivos Estatutos (art. 17). La fórmula no era aceptable para el Partido Socialista Obrero Español, entonces contrario a los particularismos forales, pero tampoco lo era para Esquerra Republicana de Cataluña por motivos antagónicos. Como tantas otras veces, en el conflicto, aun soterrado, intervino ese gran jurista, pero probablemente pésimo político, que fue NICETO ALCALÁ-ZAMORA, a la sazón Presidente del Gobierno. Don Niceto era un jurista excepcional; a los veintidós años había obtenido por oposición la plaza de Letrado del Consejo de Estado –conviene decirlo porque suele desconocerse– y en el momento de proclamarse la Segunda República tenía uno de los despachos de abogados más prestigiosos de Madrid. En 1931 estaba en la plenitud como político; aún no se había desprestigiado cuando, siendo ya Presidente de la República, ensayó, en medida creciente, equivocados equilibrios, sin acertar a

integrar adecuadamente en el sistema a los principales partidos, y sin propiciar las soluciones imprescindibles. Pues bien, en aquel momento ALCALÁ-ZAMORA se encontró con que un importante diputado de Esquerra Republicana, un jurista también de calidad, AMADEO HURTADO MIRÓ, se proponía presentar una enmienda al Dictamen para mantener y potenciar, de modo claro y terminante, los Derechos civiles forales; y se percató de inmediato que, si esa enmienda la presentaba Esquerra, suscitaría fuerte oposición, abriendo así un serio conflicto político. En esas circunstancias, en una de sus muchas maniobras, pactó con ese diputado que la enmienda la presentase un diputado del propio partido del Presidente, el Partido Republicano Progresista (antes Derecha Liberal Republicana), el Doctor CESAR JUARROS Y ORTEGA, afamado psiquiatra y psicopedagogo, junto con otros diputados de ese mismo partido. Y así fue como nació la “fórmula” que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de “bases de las obligaciones contractuales”, una “fórmula” gestada en el seno del partido catalanista de izquierdas, aunque patrocinada por uno de los partidos del centro republicano, que la presenta como autor intelectual sin serlo. CÉSAR JUARROS, el psiquiatra, estoy seguro de que sabía poco de Derecho y que tenía pocos intereses en la distinción del ámbito competencial entre los Derechos privados en el contexto del Estado español, pero es, en definitiva, el padre putativo de la fórmula.

#### 4. El régimen de Franco

Tras la breve y convulsa República, pasemos al régimen del General Franco. Permítanme un recuerdo personal y una constatación.

Ese recuerdo personal es el de la visita de un Catedrático de Derecho civil francés a la Universidad Autónoma de Madrid, allá por la mitad de la década de los setenta; el Profesor RODRIGO BERCOVITZ (que desde 1974 se había incorporado a esa Universidad) y yo le estábamos enseñando la magnífica biblioteca que, en un corto periodo de tiempo, habíamos conseguido formar. Ciertamente, disponíamos de amplias posibilidades económicas para formar una biblioteca equilibrada y actualizada y las aprovechamos. En un momento determinado de la visita, el Profesor BERCOVITZ, a preguntas del Catedrático francés sobre los Derechos forales españoles, señaló la paradoja de que un régimen precisamente centralista y unitario hubiera patrocinado las compilaciones forales e, incluso, que después del Congreso de Zaragoza de 1946 las hubiera potenciado. El Decreto de 23 de mayo de 1947 fue, en efecto, la cristalización de ese impulso. Es sorprendente un Estado que todo lo centraliza y que, en materia de Derecho civil, descentraliza.

Me referiré ahora a la constatación. Como es bien sabido, el General Franco se había reservado la potestad legislativa (art. 17 de la Ley de 30 de enero de 1938), que ejerció en muy pocas ocasiones. Pero la ejerció, al final de ese cambiante régimen, cuando, elevada por el Ministerio de Justicia a iniciativa de la Diputación foral de Navarra, aprobó, sin pasar por las Cortes, la extensa Compilación del Derecho Civil foral de aquel antiguo Reino mediante la Ley de la Jefatura del Estado

1/1973, de 1 de marzo, a la que muchos de los civilistas de la época habían objetado que desbordaba los límites tradicionales de ese Derecho foral. Con esa Ley de la Jefatura del Estado se eliminaban objeciones y oposiciones, siempre tímidas, más o menos soterradas. Se culminaba así el proceso de aprobación de las Compilaciones.

Es difícil comprender las razones por las que el régimen propició las compilaciones forales. Algunos dirán que fue una de las concesiones –el precio político– que hubo de satisfacer a los tradicionalistas, a los que se solía atribuir la titularidad del Ministerio de Justicia. Pero puede que la explicación fuera más sencilla: probablemente se trataba de un “asunto de interés menor”, que, dados los resortes que tenía el poder político, no afectaba a la estructura y a la funcionalidad del Estado.

## 5. La Constitución de 1978

Llegamos así a la Constitución Española. La “fascinación” por la Constitución de la Segunda República está presente en los constitucionalistas de aquellas Cortes del 77 en el malhadado Título VIII y específicamente en la materia que ahora nos ocupa. No solamente había una fascinación, sino que había fuerzas políticas que estaban detrás: los partidos nacionalistas, no siempre bajo ese título, que pugnaban por hacerse en lugar en la recién nacida democracia española, a las que había que satisfacer exigencias que se presentaban como imprescindibles. En ese contexto es en el que se reproduce la atribución exclusiva a la competencia del Estado la legislación mercantil y, en materia de obligaciones y contratos, únicamente las “bases de las obligaciones contractuales”. De este modo se produce la vuelta a la vida de la “fórmula” de la Constitución de 1931, aunque agravada por el hecho de que se reconoce la competencia de las Comunidades Autónomas para conservar, modificar y –y he aquí el problema– desarrollar (no dice perfeccionar) la legislación civil propia (art. 149.1-8.º).

Con esta reproducción de la “fórmula”, los mercantilistas no se sintieron aludidos. Grave error, porque llevamos más de dos siglos discutiendo qué es el Derecho mercantil, en qué se diferencia del Derecho civil, dónde se encuentran las fronteras, y todavía no estamos en condiciones de poderlo precisar de modo claro y terminante.

5.1. La primera pregunta a la que es necesario responder se refiere a aquellas normas que están en el Código de comercio, pero que quizás no sean mercantiles. Por ejemplo, la materia de la que se ocupa nuestro oscuro artículo 85 del Código mercantil, que reconoce un derecho de adquisición *a non domino* de las mercaderías adquiridas en el establecimiento abierto al público, se encuentra regulada, y mucho mejor, por el Código civil de Cataluña, que, además, extiende ese régimen a las adquisiciones en subastas. La formulación de la pregunta es muy clara: hay que dilucidar si se ha excedido el segundo Código de comercio decimonónico o se ha excedido el Código civil catalán. Se trata de decidir, en definitiva, si el hecho de que esas adquisiciones de mercancías (término que dista mucho de tener un significado preciso), para el consumo personal o empresarial, hubieran tenido lugar en un

establecimiento abierto al público “mercantiliza” las compraventas que constituyen el título de esa adquisición (o si esa “mercantilización” se produce por tratarse de reventas de cosas adquiridas por quien las revende en el mismo estado en el que las adquirió o en otro diferente) o si, por el contrario, el Código de comercio de 1885, al que igual que aquel al que sucede, incluyó, por razones de seguridad jurídica (al no haberse promulgado todavía el Código civil) normas auténtica y esencialmente civiles.

Cuestión distinta es la asunción por los Estatutos de Autonomía de la competencia sobre las sociedades cooperativas, confundiendo interesadamente, con la inicial excusa de los precedentes republicanos, la competencia autonómica para el fomento “administrativo” de esta clase de sociedades (art. 129.2 CE) con la competencia para la regulación del régimen jurídico de estas formas sociales, y con la consiguiente proliferación de las leyes autonómicas sobre cooperativas, olvidando que estas sociedades, según el Código de comercio (art. 124), *en algunos casos* son sociedades mercantiles. Pero el tema daría para una larga conferencia, por lo que quedará al margen de esta exposición.

5.2. La segunda pregunta es de mucha mayor importancia, porque supone interrogarse sobre el concepto mismo de “bases de las obligaciones contractuales”. El jurista que quiera ser algo más que un espectador de lo que acontece tiene que preguntarse sobre qué sucedería si alguna o algunas de las Comunidades Autónomas procediera al “desarrollo” del Derecho civil propio y entrara –alguna ya lo ha hecho– en el territorio del Derecho de las obligaciones y de los contratos; y tiene que esforzarse por determinar cuáles son los límites. Interrogarse sobre esta cuestión era ya importante tras la promulgación de la Constitución, pero en los últimos años esa importancia ha subido de grado.

Responder adecuadamente a esta segunda pregunta tiene singular interés porque, en materia de obligaciones y contratos, el Derecho mercantil español codificado es un Derecho notablemente envejecido, que necesita, con urgencia, la acción decidida del legislador tanto para modernizar como para regular las nuevas modalidades contractuales que se han aclimatado entre nosotros. Los riesgos de esta situación son evidentes. De un lado, por la ya citada función supletoria de las legislaciones civiles. Así, por ejemplo, si un Derecho civil autonómico, por ejemplo, regulase el contrato de préstamo, esa regulación se aplicaría supletoriamente a los préstamos mercantiles, incluidos los bancarios, y esa aplicación será fundamental en un contrato cuyo régimen en el Código de comercio se caracteriza por un arcaísmo intolerable y por unas muy graves insuficiencias. Y si desde el contrato de préstamo se traslada la atención al contrato de sociedad, dada la escasez de normas generales que contiene el Código de comercio, el impacto sobre el régimen de las sociedades mercantiles (especialmente sobre las irregulares) podría ser mucho mayor. De otro lado, porque, por lo que respecta a muchos contratos, ya no es posible afirmar que sigan siendo contratos mercantiles –es decir, sometidos a un régimen especial–, sino que son contratos generales. Así, el Derecho español –por supuesto, con acierto– ha suprimido formalmente la distinción entre el transporte civil y el mercantil y, por poner otro ejemplo, cuenta con único régimen del contrato de seguro.



No es de excluir que el ámbito del Derecho privado autonómico pueda plantear serias dificultades al Derecho mercantil estatal. En una legislación mercantil que no tiene norma que establezca la presunción de solidaridad de las obligaciones (aunque, a veces, los Tribunales hayan hecho inestables equilibrios o recurrido a subterfugios para operar como si existiera), sería grave que alguna legislación autonómica, adelantándose al (no redactado) nuevo Código civil español, la estableciera. En este concreto punto, el Derecho mercantil español, por razón de la mencionada función supletoria del Derecho civil, dejaría de ser unitario, variando de un régimen a otro, según cual fuera esa fuente supletoria (teóricamente de segundo grado por la preeminencia de los usos, pero real y efectivamente de primer grado por la práctica desaparición de la costumbre mercantil). Don PEDRO SÁINZ DE ANDINO, uno de los juristas más interesantes de nuestro siglo XIX, autor del Código de comercio de 1829, trató de adelantarse al problema declarando aplicable supletoriamente, después de los usos de comercio, el “Derecho común”. Con esta expresión, como ha estudiado FEDERICO DE CASTRO, aludía al Derecho civil de Castilla. El Código de comercio todavía vigente, el de 1885, conserva la misma expresión; pero defender esa interpretación histórica –o historicista– sería anticonstitucional por la radical igualdad de rango de los distintos Derechos civiles españoles.

### III. LA REACCIÓN

Se plantea así con toda crudeza el tema de la unidad del Derecho privado del mercado. La Sentencia 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, con varios votos discrepantes, ha convertido la preocupación en alarma.

En un Estado con territorio de dimensiones modestas como el español el coste de la coexistencia potencial –o real– de legislaciones civiles en materia de obligaciones y contratos sería –o es– muy elevado. No importa que el Derecho de sucesiones sea distinto aquí y allá, pues no afecta al mercado y, además, podría generar (aunque de momento no haya generado) una natural y positiva competencia entre las legislaciones autonómicas. Pero un mercado económico único –y más allá de único, con tendencia a las unidades continentales– exige un Derecho de obligaciones y contratos único (o uniforme). En materia de derechos reales de garantía (no inmobiliaria) esa unidad tiene ya alguna grieta. Quien ha constituido una prenda en Madrid, tiene que saber que si la constituye en Barcelona las reglas aplicables no son absolutamente las mismas.

#### 1. La “persistencia” del Código Civil

El desaliento es mayor si se atiende a la actitud durante estos más de cuarenta años de la Sección Primera, la de Derecho civil, de la Comisión General de Codificación. Llama la atención la falta de incorporación a la Sección de juristas foralistas

o autonómicos de *cada uno* de los territorios con Derecho civil propio; y llama la atención aún más la falta de sensibilidad ante al problema. En lugar de haber afrontado la tarea, compleja pero necesaria, de elaboración de un nuevo Código civil que hiciera innecesarias iniciativas autonómicas, las reformas preparadas en estos años por esa Sección han sido reformas de dimensiones modestas, aunque afecten a muchos preceptos. Y es que persiste la ya mencionada mitificación del Código civil, un Código –digámoslo una vez más– mediocre y anticuado, con una sistemática radicalmente errónea (es suficiente con fijarse en la localización del Derecho de sucesiones); un Código que, contra lo que enseña la práctica, parece seguir creyendo en la categoría de los derechos reales; un Código que se preocupa del usufructo de rebaño, pero que no regula el usufructo sobre fondos de inversión; y un Código –por citar un último ejemplo– que establece como régimen económico del matrimonio, para los territorios del Derecho común, el de la sociedad de gananciales, quizás adaptado a las exigencias de sociedades agrarias, pero inadecuado en estos tiempos que nos ha tocado vivir, hasta el punto de que constituye factor añadido de complejidad en los procesos de disolución matrimonial.

## 2. El Código Civil catalán como modelo para la elaboración Código Civil español

Los privatistas asistimos a la potenciación de los antiguos Derechos forales. Contamos un interesante Derecho navarro –repárese, por ejemplo, en el tratamiento de la gestión de negocios ajenos– y con un excelente Código civil de Cataluña, que, si se entendieran adecuadamente mis palabras, diría que contiene más Derecho español que Derecho catalán. En este sentido, se han convertido en normas legales las más adecuadas interpretaciones que aparecen en los mejores manuales españoles de Derecho civil. El lector del Código encuentra soluciones propugnadas por MANUEL ALBADALEJO, por JOSE LUIS LACRUZ o por LUIS DíEZ-PICAZO, con algunas adiciones procedentes, ya dentro de la siguiente generación, del pensamiento de PUIG FERRIOL y de ENCARNA ROCA por citar algunos de los nombres más significativos de entre los civilistas catalanes, más algo de lo trasladado de la rica experiencia notarial catalana. Este “Código de manuales”, que es el Código civil de Cataluña, hubiera podido ser –en realidad, lo es– un magnífico anteproyecto de ley para, sobre él, hacer el gran Código civil español, lógicamente expurgándolo de especialidades, mejorando el texto en todo aquello que sea aconsejable e incorporando un nuevo Derecho de las obligaciones y de los contratos.

Cuando propuse esa metodología –partir del Código civil catalán como material principal–, y ya han pasado años de esta propuesta, choqué con la incomprensión más absoluta y sufrí la crítica más acerada. He llegado a pensar que este rechazo no es sino una manifestación más de la incapacidad de nuestro pueblo para aceptar el mérito ajeno, para apreciar lo bueno en lo que proceda de los otros; y, si así fuera, sería muy malo para esta peculiar nación que ha vivido generación tras generación

(las siguientes, divididas por razón de los terruños, ya casi no se interrogan) interrogándose sobre ella misma.

Pero no sólo existe esa actitud, sino existe también una manifiesta falta de voluntad de colaboración por la otra parte, lastrada por un autonomismo jurídico exacerbado. Sirva un ejemplo: como los mercantilistas tenemos que tener una idea clara del contenido del hasta ahora incompleto Libro VI o de cualquier otro que se considere oportuno añadir al Código civil catalán, me permití, sin facultades para ello, llamar a uno de los grandes responsables de la Comisión Jurídica Asesora que redacta por trozos el Código civil catalán para preguntarse cuál era su opinión sobre el contenido de la expresión “bases esenciales de las obligaciones” y cómo podíamos coordinarnos. La respuesta fue demoledora: “La respuesta es muy sencilla –me dijo–; las bases esenciales son los dos grandes principios del Derecho de las obligaciones, el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de libertad de forma”. Se comprenderá mi radical decepción. No existe voluntad de colaboración. Si nosotros, los profesores de Derecho privado, explicamos que el Derecho de obligaciones es la “geometría euclidiana” del Derecho, no es admisible que tengamos dificultades para decir con una sola voz lo que procede decir. No es tan difícil discutir si la presunción general en materia obligaciones subjetivamente plurales es la mancomunidad o la solidaridad; o si, al igual que en el régimen mercantil, la mora y la productividad de intereses tienen que ser automáticas.

### 3. La “Propuesta de Código Mercantil”

Ante esta decepción la reacción de los mercantilistas ha sido la siguiente. AURELIO MENÉNDEZ, entonces Presidente de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, visitó al Ministro de Justicia, JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, de notable sentido político, para proponerle la elaboración de un Código mercantil de nueva planta, en el que hubiera un régimen adecuado de las obligaciones –el que necesita el tráfico– y una amplia regulación de los contratos mercantiles. Un Código con una parte amplia de Derecho de obligaciones, que redujera *de hecho* la función supletoria de las legislaciones civiles, y un Código en el que los contratos tradicionales se adaptasen a las exigencias de los tiempos y entraran ordenadamente, con un régimen dispositivo, salvo excepciones, aquellos otros nuevos que han ido adquiriendo tipificación social. Aprobada la idea y formalizado el encargo a la Sección por Orden de 7 de noviembre de 2006, trabajó ésta duramente durante muchos años, y así pudo entregar al Ministro de Justicia ALBERTO RUIZ-GALLARDÓN el 17 de junio de 2013 el texto de la “Propuesta de Código mercantil”. El trabajo era tan ambicioso como meritorio. Por supuesto, la sistemática del Libro II, dedicado a las sociedades mercantiles, tenía que ser mejorada. En todo caso, lo lógico era que el Gobierno lo asumiera como Anteproyecto y que, una vez sometido a información pública, la Secretaría General Técnica, con la ayuda de la Sección de Derecho mercantil, procediera a depurarlo

y a mejorarlo hasta que, ya como Proyecto de Ley, se remitiera a las Cortes Generales. Ese era su destino.

Pero no fue así. Los Ministros de Justicia, de uno u otro signo, que se sucedieron al frente al Ministerio se desentendieron del proyectado Código mercantil sin respeto algunos a tantos y tantos desinteresados esfuerzos. Hoy la “Propuesta de Código” yace olvidada. Alguno de esos Ministros señaló la causa: El Código mercantil tenía un “coste político” que ni el Ministro de Justicia ni el Gobierno de la nación estaba en condiciones de asumir porque los responsables de alguna Comunidad Autónoma podrían interpretar el texto como una “maniobra” de rígida estatalización del Derecho privado del mercado e indirectamente –y sobre todo– como una limitación de los efectos de la legislación civil autonómica como fuente supletoria del Derecho privado especial.

#### 4. La alternativa

El fracaso del Código mercantil no elimina por completo las esperanzas. La Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación está elaborando desde hace algunos años un nuevo Derecho de las obligaciones, que sustituya al muy envejecido que ahora contienen los artículos 1088 y siguientes del Código civil. Sería deseable que ese régimen naciera fuertemente “mercantilizado”, es decir, que se generalice a toda clase de obligaciones las hasta ahora especialidades mercantiles e incorpore aquellas otras soluciones que el propio tráfico mercantil ha ido generando. Cuando finalicen los trabajos de esa Sección, el Gobierno podría elevar el texto a la categoría de Proyecto de Ley (o encargar que, a la vista del mismo, se elaborara una Ley de Bases), para modernizar así ese sector del Ordenamiento jurídico en el ámbito del Derecho común y en el de todos aquellos Derechos civiles autonómicos que no tengan un régimen propio, total o parcial, de las obligaciones. No se eliminaría el riesgo de que algunas Comunidades Autónomas optaran por aprobar un Derecho propio de las obligaciones, pero la calidad del nuevo Derecho podría contribuir a que no se sintiera la necesidad.

En todo caso, el riesgo de la diversidad continuaría existiendo. Hace ya algún tiempo propuse que, en la auspiciada Ley sobre Derecho de las obligaciones civiles, se introdujera una norma en el Código de comercio por cuya virtud, si la obligación tuviera carácter mercantil, sería de aplicación el régimen de las obligaciones contenido en el Código civil. *Un régimen mercantilizado sería régimen civil, salvo en aquellas Comunidades que optaran por otro distinto, y, a la vez, régimen mercantil.* En cierto modo, se estaría resucitando la solución ideada por don PEDRO SAINZ DE ANDINO a que antes nos referíamos, pero con una técnica diferente constitucionalmente irreprochable. No habría imposición del Derecho civil de un territorio sobre el Derecho civil de otro u otros territorios; habría simplemente la declaración del carácter mercantil de uno de esos Derechos.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

Con todo, la experiencia de estos años suscita una amarga reflexión. En la realidad española existe un doble nivel de conflictos: están, en primer lugar, los conflictos ideológicos que, en una sociedad madura –la nuestra todavía no lo es y puede que tarde en serlo–, se solucionan de forma natural, antes o después, mediante el diálogo y la transacción racional; pero están también, por debajo de ellos, unos conflictos que son pasionales, y que son los que enfrentan al Estado –que equívocamente se califica de central– y a las regiones políticamente estructuradas –o, si se prefiere a quienes actúan en cada una de esas esferas–, unos conflictos que la actual configuración del Estado ha potenciado hasta niveles inimaginables por los constituyentes, y en los que la razón difícilmente sirve para encontrar soluciones. Si en algo tan importante, pero al mismo tiempo tan *políticamente marginal* como es el Derecho privado, los españoles, más allá de las ideologías, no hemos sido capaces de entendernos, ¿qué sucederá en los temas neurálgicos, de los que dependen la convivencia entre todos nosotros y el progreso de la nación, si la racionalidad se enturbia por la pasión? Desterrar las pasiones; añadir racionalidad. Estas son las tareas pendientes, que urge afrontar con decisión y claridad para evitar la irrelevancia que siempre nos amenaza como pueblo.