

2. El Derecho foral como supletorio del Derecho mercantil (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968).

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho. 2. Doctrina de la Sentencia. 3. La cuestión básica planteada. 4. Soluciones en la doctrina mercantil. 5. La jurisprudencia anterior a la Sentencia. 6. Nuestra opinión: a) consideraciones históricas, b) interpretación lógica. 7. Conclusión.

1. Un matrimonio sujeto a la vecindad civil catalana tiene abierto al público en Barcelona un establecimiento mercantil dedicado a la venta de aparatos electrodomésticos. La titularidad del establecimiento corresponde exclusivamente al marido, quien ejerce habitualmente el comercio y goza, por tanto, de la cualidad de comerciante. La mujer, en cambio, no ostenta tal condición (1).

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Compilación de Cataluña, el marido compra a la Sociedad Anónima Tarragona una serie de aparatos de aquella clase para revenderlos en su establecimiento. Para pago del precio la Sociedad gira unas letras de cambio a cargo del comprador, quien las acepta, y cuya firma avala su mujer. Por falta de pago se protestan en su momento tales letras y la Sociedad Anónima Tarragona entabla contra aceptante y avalista los oportunos juicios ejecutivos, que prosperan y en los que se embarga una finca propiedad de la mujer, practicándose las correspondientes anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad.

Ante esta situación, otra Compañía anónima, Internacional Radio Televisión, S. A. (IRATESA)—que era acreedora de la propia mujer como consecuencia de una venta de otro lote de aparatos electrodomésticos que habla comprado aquélla por sí misma, aceptando una letra de cambio girada por la Sociedad vendedora (2)—, se estima perjudicada en su derecho de crédito y presenta demanda contra el matrimonio y contra Tarragona, S. A., pidiendo, en síntesis, la nulidad de los avales constituidos por la mujer y, consiguientemente, de los juicios ejecutivos y sentencias de remate en cuanto afecten a ésta, así como de los embargos y anotaciones practicadas. Como fundamento de derecho básico invoca la antigua prohibición de la *Autentica Si qua mulier*, recogida hoy en el artículo 322 de la Compilación de Cataluña, cuyo primer párrafo declara: "Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del

(1) Esta afirmación es realmente muy discutible, dado el conjunto de antecedentes que concurren en el caso. Sin embargo, el carácter de no comerciante de la mujer se califica en el primer considerando de "hecho incontrovertido" y a este planteamiento fáctico se contrae la doctrina de la Sentencia lo mismo que estas notas. Baste aquí indicar que, siendo la mujer comerciante, su amplia capacidad con arreglo a los artículos 10 y 12 del C. de c., hubiera motivado seguramente solución contraria a la sustentada.

(2) No se especifica en la Sentencia, ni la fecha de esta operación con relación a la venta de la Sociedad Anónima Tarragona, ni si la letra aceptada por la mujer, estaba o no vencida.

crédito se hubiere convertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión”.

A la demanda no contesta el matrimonio, que es declarado en rebeldía, pero sí Tarragona, S. A., quien opone, en resumen, no constar como cierto, mientras no se demuestre debidamente, que el matrimonio ostente la regionalidad civil catalana y no poder admitirse que la mujer sea persona no comerciante, “pues la misma actora basa su legitimación para promover este proceso en la aceptación por dicha señora de una de las letras de cambio, que por su cuantía es lógico responda a una operación comercial, de compra de aparatos a Internacional Radio Televisión para su reventa en el establecimiento de los señores C.”.

El juez desestima la demanda y su sentencia la confirma íntegramente la Audiencia.

Interpone IRATESA recurso de casación alegando diversos motivos. Fundamental es el primero, en el que se denuncia la infracción por violación—no aplicación—del artículo 322, párrafo primero, de la Compilación Catalana; infracción por interpretación errónea de los artículos 2, párrafo primero, y 50 del Código de comercio, e infracción por aplicación indebida de la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1898, 29 de abril de 1899, 22 de abril de 1915 y 28 de mayo de 1956, y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de mayo de 1895 y 20 de junio de 1952.

2. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso en méritos de la argumentación que transcribimos:

“CONSIDERANDO que son hechos incontrovertidos en los presentes autos: Primero: Que los cónyuges, señoras C., son de regionalidad catalana; Segundo: Que la esposa, doña M. J. C., no es comerciante, y Tercero: Que todas las operaciones concertadas entre don L. C. y la Sociedad Anónima Tarragona, y por consiguiente las letras giradas para pago del precio y avaladas por la esposa, son posteriores al momento de la entrada en vigor de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de julio de 1960.

CONSIDERANDO que asimismo incontrovertida la naturaleza mercantil del aval cambiario, la discrepancia fundamental (3) en cuanto a la determinación del concepto de “Derecho común” a que se remite para regular la capacidad de los contratantes el artículo 50 del Código de comercio, que mientras la sentencia recurrida interpreta como referida al “Código civil”, con exclusión del “Derecho civil foral o especial”, la parte recurrente estima que alcanza tanto al Código civil como al Derecho particular de las regiones, según sea el Ordenamiento civil aplicable en el caso concreto, en el actual la Compilación catalana, atendida la regionalidad de los cónyuges contratantes, reconocida expresamente en el Considerando segundo de la Sentencia.

(3) Aquí en el original de la Sentencia falta, evidentemente, el verbo de la oración que podría ser “se plantea” u otro semejante.

cia de la Audiencia, y específicamente el artículo trescientos veintidós-1, violado en consecuencia al no ser aplicado.

CONSIDERANDO que, con arreglo al artículo 12 del Código civil, éste rige sólo como Derecho supletorio de las regiones forales para el único efecto de suplir deficiencias y vacíos de su legislación, sin que este carácter autorice para corregir o enmendar lo que se encuentre previsto (Sentencia de 8 de junio de 1904, 9 de julio de 1917 y 16 de mayo de 1918) y, desenvolviendo este precepto, dispone el artículo primero de la Compilación Catalana que sus disposiciones rigen con preferencia al Código y sólo en lo no previsto en aquélla se aplicará dicho Código en lo que no se oponga a la citada Compilación (Disposición final segunda), de donde resulta que la prelación de fuentes legales en la región catalana atribuye lá primacía a su Derecho civil especial contenido en su Compilación, el que es de aplicación primordial y preferente en todas las materias reguladas por la misma.

CONSIDERANDO que al referirse el artículo 50 del Código de comercio a "las reglas generales del Derecho común" para regular la capacidad de los contratantes, es indudable que esas reglas son las constituidas por las del Código civil, que contiene los principios fundamentales de la contratación, pero al aplicarse en este caso el Derecho civil especial de Cataluña con preferencia, hay que entender que el concepto de "Derecho común" se refiere a la legislación que contiene dichos principios fundamentales, tanto si está en el Código civil como en el Derecho regional, y como éste es el aplicable en el presente recurso, no cabe duda que ese Derecho común para los catalanes está integrado por su Compilación, y como el artículo 322-1 de la misma decreta la nulidad de pleno derecho de la fianza prestada por la mujer casada a favor de su marido, precepto que es de rigurosa observancia, ello implica la estimación de los dos primeros motivos del recurso.

CONSIDERANDO que asimismo es estimable el motivo tercero, ya que declarado por la Audiencia que la avalista, señora C., es catalana y no es comerciante, a tenor del apartado primero del artículo tercero de la Compilación, "los efectos de los estatutos personal, real y formal en Cataluña y para los catalanes, así como la condición de tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil, se regirán por las normas establecidas en el Título preliminar del Código civil y Disposiciones concordantes", con lo que la capacidad contractual de los cónyuges recurridos debe regirse por su ley personal (artículo 14 en relación con el 9), que es la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña (artículo 15, apartado último), y aun cuando se interpretase como una prohibición la norma del apartado primero del artículo 322 de dicha Compilación, se llegaría al mismo resultado, relacionando el artículo 14 del Código civil con el apartado tercero del artículo 11 del propio Cuerpo legal, coincidente en este caso con la Ley Territorial.

CONSIDERANDO que la aplicabilidad al caso de autos del apartado primero del artículo 322 de la Compilación hace estimables los restantes motivos del recurso, ya que de modo terminante establece dicho precepto legal que "será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer ca-

...sada a favor de su marido...”, con lo que está proclamando como su precedente histórico la *Autentica Si qua mulier*, la nulidad radical por ministerio de la Ley de los avales controvertidos, para cuyo ejercicio se encuentra plenamente legitimado el acreedor perjudicado, procediendo por todo lo expuesto la estimación del recurso”.

3. Desde muchos y muy diversos puntos de vista podría examinarse y comentarse esta Sentencia. A primera vista llama ya la atención la seguridad con que se estima probado el carácter de no comerciante de la mujer, cuando consta que la misma ha realizado varios actos de comercio y no sería aventurado suponer que, por ellos, de simple *uxor mercatoris* haya pasado a ser verdadera *uxor mercatrix*. Desde un punto de vista procesal choca también la facilidad con que se estima la legitimación activa de IRATESA, problema que se resuelve de pasada en el último considerando. Porque, aparte de otras razones, si la mujer no es comerciante, la operación de compra que ha realizado para el establecimiento de su esposo, parece que debe calificarse de *intercesión* a favor de éste, con la interesante consecuencia lógica de deber estimarse entonces aplicable igualmente la prohibición del artículo 322, 1, de la Compilación a la compraventa efectuada entre IRATESA y la mujer, con lo que la legitimación activa de la primera se diluiría en el aire... (4).

Aunque desenvolver estos puntos sería interesante, nos vamos a limitar aquí a estudiar el problema fundamental, tanto teórica como prácticamente, que aborda la Sentencia, y que podemos formular así: ¿Es nulo, por aplicación de la prohibición legal del artículo 322, 1, de la Compilación de Cataluña, el aval cambiario prestado por mujer casada no comerciante a favor de su marido, cuando ambos tienen la vecindad civil catalana?, o bien ¿será válido aquel aval, ya que, como figura específicamente mercantil, debe regirse por el Código de comercio y supletoriamente sólo por el Código civil, y en ellos no existe tal prohibición?

Así planteado el problema, se reconduce a otro más amplio: interpretar la expresión “Derecho común” que utilizan los artículos 2 y 50 del Código de comercio (5). Si por Derecho común entendemos Derecho civil, se aplicará supletoriamente el Derecho foral. Si por Derecho común entendemos Derecho civil castellano, se aplicará exclusivamente como supletorio el Código civil que ha venido a sustituir a aquél conforme a su artículo 1.976.

(4) El estrecho campo en que se mueve la casación motiva, muchas veces, estos resultados extraños de que la solución del caso, por circunscribirse a lo pedido por las partes, resulte forzosamente incompleta y, por ello, poco convincente.

(5) El artículo 2.º, en su primer párrafo, dice así: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que 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”. Según el artículo 50: “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.”

Es decir, en el primer caso tomamos la frase "Derecho común" en su acepción de Derecho opuesto a Derecho especial, atendiendo a la distinta amplitud de la materia regulada: es el sentido de la contraposición entre Derecho civil y Derecho mercantil. En el segundo caso tomamos aquella expresión en su acepción de Derecho general opuesto a Derecho particular, atendiendo al alcance territorial de sus normas: es el sentido de la distinción entre el Derecho castellano y los llamados Derechos forales (6).

Veamos, ante todo, qué nos dice la doctrina mercantilista y la jurisprudencia sobre esta cuestión.

4. La doctrina, casi sin excepción, entiende que Derecho común equivale, en los artículos indicados del Código de comercio, a Derecho civil castellano, con exclusión del foral.

Hay que reconocer, sin embargo, que no se dan muchos argumentos en favor de esta tesis. Es indudable que el hecho de que la jurisprudencia, como luego veremos, haya seguido ya desde antiguo la misma dirección, explica el desinterés doctrinal en replantearse una cuestión ya pacífica y que se estimaba resuelta definitivamente en la práctica. Hasta tal punto esto es así que autores tan prestigiosos como Garrigues, Uria y Polo no llegan a examinar el problema o se limitan a indicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

De los tratadistas modernos es Langle (7) quien lo estudia con mayor extensión. Advierte, en primer lugar, que el Derecho común (civil) se aplica, en materia mercantil, no sólo a falta de reglas especiales (art. 2 del C. de c.), sino en primer término como ley que contiene los principios fundamentales del Derecho privado. Esto es evidente: hay una serie de conceptos, instituciones y nociones básicas que el Derecho mercantil, como rama desgajada del tronco del Derecho privado, ha de tomar del actual Derecho civil. E igualmente no ofrece dudas que la prohibición de la *Autentica Si qua mulier* no puede considerarse como principio fundamental directamente aplicable en el ámbito mercantil. Pero además de esta primera labor informadora—continúa Langle— el Derecho civil se aplica como supletorio del mercantil por obra de la remisión al Derecho común que contienen los artículos 2 y 50 del Código de comercio. Expone a continuación las dos posiciones fundamentales en orden a la interpretación de estos artículos y que hemos ya mencionado (la que entiende que Derecho común es Derecho civil castellano y la que estima se refiere al Derecho civil y, por tanto, en las regiones forales, a su Derecho propio) y recuerda la curiosa opinión aislada de Vicente y Gella (8). Para este autor, así como el artículo 2 se refiere exclusivamente al Derecho contenido en el Código civil, el artículo 50, en cambio, debe también incluir, en su caso, el Derecho foral, pues de no ser así se llegaría a resultados contradictorios y extraños.

(6) Sobre estas distinciones y la imprecisión terminológica de que aparecen rodeadas, vid. De Castro. Derecho Civil de España, T. I. Madrid, 1955, páginas 110 y ss.

(7) Manual de Derecho mercantil español. Bosch, 1950. T. I, pág. 224.

(8) Curso de Derecho mercantil comparado. 2.^a edición. Zaragoza, 1948. T. I, págs. 82 y 83.

Ponia Vicente y Gella el ejemplo del aragonés de veinte años que tendría plena capacidad para comprar una casa y, sin embargo, no podría contratar el seguro de incendios sobre la misma casa (9).

Como indica Langle, esta postura no puede admitirse: no hay razón para interpretar como distintos los artículos 2 y 50 del Código de comercio y ello llevaría a conclusiones aún más extrañas y contradictorias. Sin embargo, para nosotros la observación de Vicente y Gella no deja de tener interés como argumento a favor de la posición que llamaremos foralista.

Langle se decide rotundamente por la tesis contraria (que, para abreviar, denominaremos en adelante centralista), observando que es la seguida por la mayoría de la doctrina y por la jurisprudencia, y dando en su apoyo las tres razones fundamentales siguientes:

1.^a Que común quiere decir aplicable a todos los españoles. *Para los civilistas* (10) cuando se habla de Derecho común se entiende como contrapuesto a Derecho foral.

2.^a Que en la esfera mercantil se ha operado la unidad legislativa nacional, que no debe quebrantarse por la doctrina relativa al Derecho supletorio (11).

3.^a El artículo 16 del Código civil: "En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código".

5. Hasta la Sentencia que comentamos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había decidido, sin excepción y muy reiteradamente, por la posición centralista. No sólo las sentencias cuya doctrina se afirma aplicada indebidamente en el motivo primero del recurso, sino muchas otras se alinean en la misma dirección.

Fundamental, por ser la primera y origen de las posteriores, es una antigua Sentencia de 26 de mayo de 1866 (12), que, interpretando el artícu-

(9) Naturalmente que, después de la Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre mayoría de edad, este ejemplo no es ya aprovechable, pues para ambos actos sería necesaria la edad de veintidós años. Pero podrían indicarse otros supuestos similares. Así, actualmente, el aragonés menor de edad y casado que tomase dinero a préstamo, cuando este contrato fuere de naturaleza mercantil: si aplicamos como supletorio el Código civil, necesitaría el consentimiento de su padre, madre o tutor (art. 59 C. c.); si aplicamos el Derecho foral, como mayor de edad (art. 4 de la Compilación), podría por sí sólo realizar el contrato.

(10) El subrayado es nuestro.

(11) Es importante indicar que estos dos argumentos aparecen por primera vez en la 4.^a edición adicionada y puesta al día por Durán y Bas, de las Instituciones del Derecho mercantil de España de Martí de Eixalá, en la que seguramente se inspiró la S. T. S. de 26 de mayo de 1866. Así parece confirmarlo la 5.^a edición de aquella obra, Barcelona, 1870, pág. 110.

El mismo razonamiento se repite en las obras de Blanco Constans, "Estudios elementales de Derecho mercantil". Madrid, 1901. T. I, pág. 321; Benito Endara, "Manual de Derecho mercantil. Valencia, 1904. Vol. I, pág. 31, y Alvarez del Manzano-Bonilla-Miñana, "Códigos de Comercio españoles y extranjeros...". Madrid, 1909. T. I, pág. 241.

(12) La cuestión fáctica —interpretación de las cláusulas de un contrato, discutiéndose la posible aplicación de ciertas reglas hermenéuticas del Digesto— no requería forzosamente examinar el problema del alcance de la remisión al

lo 234 del Código de comercio de 1829 (antecedente directo del artículo 50 del Código vigente), da en apoyo de la exclusión del Derecho particular de las regiones forales los dos argumentos antes indicados. Dice, en efecto, uno de sus considerandos: "Declarándose en el artículo 234 del Código (de 1829) que los contratos ordinarios de comercio están sujetos a todas las reglas generales que prescribe el Derecho común, sin otra modificación ni restricciones que las consignadas en aquél, se evidencia que son inaplicables las leyes romanas que, si bien forman el Derecho supletorio de la legislación foral de Cataluña, no están admitidas ni constituyen el general o común de España, y de otro modo vendría a destruirse la uniformidad ya establecida en el mencionado Código".

Con relación a esta Sentencia es oportuno hacer algunas observaciones: 1.ª) Que se rechaza no el derecho foral propio, sino el Derecho supletorio romano. 2.ª) Que afirma que "Derecho común" es el Derecho de aplicación general en España y por éste parece entender el Derecho castellano. La Sentencia, pues, está en la línea de una serie muy numerosa de sentencias del siglo pasado que aplicaron disposiciones castellanas (Partidas, Novísima Recopilación) a los territorios forales: postura que, aunque no se razonaba, tenía su fundamento, según ha puesto de relieve De Castro, en los Decretos de Nueva Planta de Felipe V (13). 3.ª) Que si el caso resuelto en 1866 hubiera sido el que hoy nos ocupa: la aplicación de la *Autentica Si qua mulier*, la solución, por caminos distintos, sería la misma a que llega la Sentencia de 1968, puesto que aquella prohibición estaba recogida en la Ley 61 de Toro.

Todas las sentencias posteriores se limitan a reproducir esos argumentos, a excluir unas u otras normas forales y, muy pronto, a afirmar que se trata de jurisprudencia establecida. La Sentencia de 27 de diciembre de 1888, coincidente con la de 1866, afirma: "las leyes romanas, aunque rijan como supletorias en Cataluña, no constituyen el Derecho común a cuyas reglas generales están sujetos los contratos ordinarios de comercio". La Sentencia de 8 de julio de 1892 es la primera que rechaza una norma foral propia: "el *Usatge Omnes causae* nunca tendría carácter de supletorio de la legislación mercantil". La de 14 de abril de 1893 cita por primera vez al Código civil como supletorio del mercantil. Pero la declaración es un mero *obiter dictum*, pues el caso —la validez de un endoso— no se resuelve por aplicación de un precepto del Código civil, sino por los del Código de comercio. La de 5 de octubre de 1894 señala que "no pueden invocarse disposiciones de Derecho romano, sino las del Código de comercio y de la legislación civil común, que es la supletoria para los contratos de esta clase". La Sentencia de 29 de diciembre de 1898, relativa a la posible aplicación en Cataluña del Senadoconsulto Velejano (hoy recogido en el artículo 321 de la Compilación), dice textualmente que "la fianza, por referirse a un contrato mercantil, está sujeta al Código de comercio, cuyo derecho supletorio, conforme a su artículo 50 y a la *jurisprudencia establecida*, es la legislación común, contenida actualmente en el Código civil". La de 18 de marzo de 1911

Derecho común. Da la impresión de que el T. S. quiso aprovechar la ocasión para resolver la duda planteada por Durán y Bas (vid. nota 11).

(13) Sobre toda esta cuestión, vid. su ob. cit., págs. 249 y ss.

rechaza, al igual que la de 1892, la aplicación supletoria de la prescripción regulada por el *Usatge Omnes causae*. Y en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 22 de abril de 1915, que alude, además, a las *repetidas sentencias* por las que el Derecho supletorio, en todas las regiones del reino, es el contenido en el Código civil.

Por último, la Sentencia, citada en el recurso, de 28 de mayo de 1956 no se refiere en realidad a la misma cuestión. Pues si bien rechazo, en un juicio en que se pretendía la nulidad de una venta por efecto de la retroacción de la quiebra, la aplicación de una Pragmática dada en Gerona en 1384 y recogida en las Constituciones de Cataluña, no fue por aplicación del Código civil como supletorio, sino de los propios artículos del Código de Comercio que, en este punto y por su regulación total, se estimaron con eficacia derogatoria del antiguo Derecho catalán.

En cuanto a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros que se citan en el primer motivo del recurso, la de 31 de mayo de 1895 tampoco se refiere propiamente al problema, pues lo que en ella se discutía es si después de publicado el Código civil podría estimarse vigente, en territorio de Derecho común, la prohibición de la *Autentica Si qua mulier* recogida, como dijimos, en la Ley 61 de Toro. Y la Resolución de 20 de junio de 1952, al tratar de la hipoteca constituida por mujer catalana en garantía de una deuda cambiaria de su esposo, estimando que la hipoteca es acto civil y no de comercio, aplicó la capacidad civil y, por tanto, la *Autentica*. En ella, aunque confusamente, parece apuntarse que la fianza mercantil constituida por mujer casada catalana en favor de su esposo podría ser válida por la aplicación supletoria del Código civil.

6. Vemos, pues, que la Sentencia que comentamos se enfrenta con un número considerable de fallos anteriores que habían optado por excluir el Derecho foral y, asimismo, con la opinión mayoritaria de los autores. El cambio de dirección es tan radical que indudablemente causa extrañeza y obliga a examinar con especial cuidado si es o no fundada la perturbación que supone para la seguridad jurídica.

Por de pronto hay que reconocer que la argumentación de la Sentencia es escueta y pobre (véanse sus Considerandos tercero y cuarto). Viene a limitarse a indicar que el artículo 50 del Código de comercio se refiere a las reglas generales del Derecho común contenidas en el Código civil, pero como en éste se encuentra el artículo 12 (y hoy el artículo 1.º de la Compilación), que señala el orden de prelación de fuentes en Cataluña, tiene que aplicarse la Compilación con preferencia al Código civil. El argumento es poco franco, retorcido. Parece como si la Sentencia, teniendo a la vista la jurisprudencia anterior en que tantas veces se había declarado que el Código civil es el único Derecho supletorio del mercantil, no se haya atrevido a negar abiertamente esta afirmación y haya preferido admitir una extraña doble remisión (del Código de comercio al Código civil y de éste a la Compilación), en lugar del camino más directo y sencillo de entender que el Código de Comercio se remite en las regiones forales a su Derecho civil propio. Otra incorrección de la Sentencia (véase, sobre

todo, su segundo Considerando) es parecer dar por sentado que el Código de comercio pueda remitirse directamente al Código civil, cuando, siendo el primero anterior al segundo, la exactitud del lenguaje requería señalar que aquél se refería al Derecho civil castellano, al cual ha sustituido el Código civil (art. 1.976).

Sin embargo, enfrentados ya directamente con el problema, nos parece que en el plano *estrictamente jurídico* hay razones de peso, de orden histórico y lógico, en favor de la postura foralista. Antes de examinarlas conviene, además, tener siempre presente la siguiente observación: el supuesto de hecho está expresamente recogido en la Compilación de Cataluña (art. 322, 1), y lo mismo su sanción. Para poder excluir la aplicación de esta norma, tendría que ser absolutamente claro que el Código de comercio rechaza el Derecho foral. Bastará que exista duda sobre este extremo para que sea preferible aplicar la Compilación de Cataluña que no excluirla en favor de una norma del Código civil o, como en este caso, a causa del simple silencio de la legislación común. Consideración frente a la cual no puede esgrimirse el principio general de que todas las prohibiciones deben interpretarse restrictivamente, pues tal principio sólo significa que la prohibición no puede extenderse a otros actos de los previstos, pero no que sea lícito cercenar su ámbito propio (y ello independientemente de que razones de política jurídica hubieran hecho aconsejable seguramente suprimir en la Compilación una prohibición legal tan arcaica y desfasada).

a) *Históricamente* hay base para entender que Derecho común en los artículos 2 y 50 del Código de comercio equivale, sin más, a Derecho civil.

El artículo 2.º no tiene antecedente correlativo en el Código de 1829. Lo que es muy natural, ya que, como es sabido, su introducción en el Código vigente supuso un cambio total de criterio con respecto a la concepción subjetiva del Código anterior. La caracterización del Derecho mercantil como Derecho de los comerciantes cede el paso a su configuración objetiva como Derecho de los actos de comercio.

Por el contrario, el artículo 50 tiene su antecedente directo en el artículo 234 del Código de comercio de 1829, que se expresaba así: "Los contratos ordinarios del comercio estarán sujetos a todas las reglas generales que prescribe el derecho común sobre la capacidad de los contrayentes y demás requisitos que deben intervenir en la formación de los contratos en general, así como sobre las excepciones que impiden su ejecución, y las causas que los rescinden e invalidan, bajo la modificación y restricciones que establecen las leyes especiales del Comercio". Si comparamos estos dos artículos observaremos que, aparte de un cierto cambio de enfoque en la construcción gramatical, debido a la pretensión de dar la mayor sustantividad posible al Derecho mercantil y de que el Derecho común se aplique únicamente como supletorio (14), en lo demás persisten las dudas sobre la interpretación que deba darse a la expresión "Derecho común", inalterada en ambos textos.

(14) La Exposición de Motivos del Código vigente recalca la importancia de este cambio: "Hoy, que el espíritu mercantil extiende su dominio sobre toda la vida social de los pueblos civilizados y que penetra lo mismo en las relaciones privadas que en las internacionales, es innegable que (el Derecho mercantil)

Sin embargo, teniendo en cuenta la fecha en que se dictó nuestro primer Código de comercio, parece claro que en el pensamiento de sus redactores latría la idea de excluir el Derecho foral, como tal, del ámbito mercantil. Mantenía su vigor la declaración programática de la Constitución de 1812, cuyo artículo 258 rezaba así: "El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes". El proyecto de Código civil de 1821 respondía al mismo propósito unificador, que se mantiene en el de 1851. En fin, la Real Cédula que encabeza la publicación del Código de comercio de 1829 se expresa en términos significativos: "Queriendo Yo poner término a males de tanta gravedad e interés, y dar al comercio un sistema de legislación *uniforme, completo*, y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio, ... he venido en decretar y decreto como *ley universal para todos mis Reinos* y Señoríos en materias y asuntos mercantiles...".

Seguramente, pues, por "reglas generales que prescribe el Derecho común" había que entender, en aquel momento, las del Derecho civil castellano; o incluso las del Derecho romano (15) o del Derecho foral propio, pero sólo en cuanto fueran coincidentes en su contenido con el primero.

Forzoso es reconocer, no obstante, que aunque la *mens legislatoris* indicase esta dirección, no había plasmado en el articulado en una fórmula suficientemente expresiva, dando lugar a ciertas dudas que la doctrina y la jurisprudencia hubo, como hemos visto, de resolver.

Ahora bien, que lleguemos a esta conclusión y que el artículo 50 del Código vigente haya copiado la dicción del anterior, no quiere decir, sin embargo, que aquella interpretación deba perdurar para el Código actual. Las circunstancias históricas han cambiado profundamente en 1885. Con el fracaso del Proyecto de Código civil de 1851 fracasó también el intento de unificación civil. El R. D. de 2 de febrero de 1880 introduce en la Comisión General de Codificación representantes de las regiones forales. Y ya en el momento de publicarse el Código de comercio había fracasado, fundamentalmente por oposición de los foralistas, el proyecto de 1882, de Alonso Martínez, de los libros I y II del Código civil, y había presentado Silvela, en 7 de enero de 1885, su proyecto de Ley de Bases, con amplísimas concesiones a los Derechos forales (16).

Sería imposible que todas estas circunstancias no hubieran influido en el ánimo de los redactores del Código de comercio. Lo que en 1829 parecía evidente o, al menos, fácil de lograr, no lo podía ser ya en 1885. La expresión

no puede quedar reducido al estrecho círculo en que antes se movía, sino que, por el contrario, tiene que agrandarse cada día más, convirtiéndose de derecho excepcional o particular y como una rama del civil, en que hasta hace poco era tenido, en un derecho propio e independiente...".

(15) En una serie de Sentencias del siglo pasado al aplicar en Navarra, como supletorio, el Derecho romano, se califica al mismo de Derecho común. Así, en las Ss. de 4 de mayo de 1863, 17 de junio de 1865, 21 de marzo de 1867 y 17 de abril de 1873. Vid. Salinas Quijada, "Las fuentes del Derecho civil navarro". Tudela, 1946, págs. 156 y ss.

(16) Vid. De Castro, ob. cit., págs. 213 y ss.

"Derecho común", si bien pervive en el articulado, ha cambiado de significado en la *mens legislatoris*. La Exposición de Motivos constituye prueba decisiva de esta afirmación. En efecto, al comentar el artículo 2.º textualmente: "El Código actual (de 1829) considera las leyes de comercio como excepciones del *Derecho civil o común* y, por consiguiente, al Derecho mercantil como un Derecho excepcional. El proyecto, al contrario, proclama como Derecho propio el mercantil; mas reconociendo al mismo tiempo que el *Derecho privado* común es la base o la parte general de los derechos privados especiales... atribuye al primero el carácter de supletorio...". Y más adelante, al ocuparse de los contratos mercantiles, se expresa así: "El proyecto declara que los contratos mercantiles se regirán... por lo dispuesto en el Código o en leyes especiales, aplicándose en todo lo que no se halle expresamente estatuido en éstos o en aquél las reglas del *Derecho civil o común*".

Las frases subrayadas demuestran bien a las claras que "Derecho común" significa en el Código de comercio "Derecho civil", sin más (17). No hay indicio alguno de que se haya querido eliminar el Derecho foral. Y es que no hubiera sido natural que el Código de comercio hubiera querido precipitar la solución de un problema civil, que se adivinaba próxima y, desde luego, de signo favorable a los foralistas.

b) La conclusión a que nos lleva la interpretación histórica se ve refrendada igualmente por la lógica. Los artículos 2 y 50 tratan de marcar la diferencia de ámbito entre el Derecho mercantil y el Derecho civil, como reconoce también la misma Exposición de Motivos. Por tanto, la frase Derecho común debe entenderse en sentido acorde con esta finalidad: Derecho común se contrapone a Derecho especial, Derecho civil a Derecho mercantil.

Si recordamos ahora el primer argumento que recogía Langle, esto es, que *para los civilistas* Derecho común es el contrapuesto a Derecho foral, podremos argüir que *para los mercantilistas*—y estamos interpretando el Código de comercio—Derecho común es el Derecho civil, todo el Derecho civil.

Y aún hay más: si se trata de la aplicación de normas civiles, ello ha de hacerse con criterios civiles. Las normas civiles, como se ha señalado insistentemente por la doctrina, no pierden su naturaleza por el hecho de aplicarse en el ámbito del comercio. El Código mercantil no es el lugar adecuado para sentar un criterio en materia que afecta exclusivamente al Derecho civil. Y comprendiéndolo así, se cuidaron mucho sus redactores de extralimitarse en estas normas de remisión.

Rebatido así el primer argumento centralista, los otros dos apuntados por la doctrina y la jurisprudencia carecen ya de valor.

En efecto, en contra de la consideración de que la aplicación del Derecho foral vendría a romper la uniformidad legislativa alcanzada por el Derecho

(17) La expresión "derecho común" o "legislación común" se repite en los artículos 12, 48, 51, 74, 89, 95, 310, 532, 573 y 943 del C. de c. y en todos ellos en su acepción de Derecho civil. La única excepción, relativa, la constituye el artículo 579 que al sujetar la venta forzosa del buque a "las formalidades prescritas en el Derecho común para las ventas judiciales", se está refiriendo al Derecho procesal.

mercantil, basta indicar que, en rigor, no desaparece la unificación mercantil, porque no se trata de que en unas regiones españolas se apliquen unas normas mercantiles y en otras regiones otras distintas, sino simplemente que la diversidad existente en el Derecho civil español ha de tener su reflejo, como no podría ser de otro modo, en el campo mercantil. Y si seguimos la opinión contraria, si quedaría rota, por el contrario, la uniformidad del Derecho foral: sería perturbador que los naturales de regiones forales que no fuesen comerciantes se rigieran en cuanto a su capacidad, por ejemplo, por normas distintas según la naturaleza civil o mercantil del acto.

En fin, está claro que el argumento que combatimos no tiene real valor jurídico: no viene a reforzar la interpretación, sino solamente a indicar las posibles consecuencias, que se estiman peligrosas, de la adopción de la postura contraria. En rigor, pues, se trata de una cuestión de política jurídica, respecto de la cual puede haber muy contrapuestas opiniones subjetivas, pero objetivamente no añade fuerza a la conclusión a que conduzca la labor interpretativa, máxime en este momento en el que el tremendo impulso renovador que ha cobrado el Derecho foral por obra de las Compilaciones constituye un dato a tener en cuenta para la interpretación *sociológica* de las normas.

Por último, frente al argumento que pueda extraerse del artículo 16 del Código civil (como quizá del art. 1.976), en el sentido de estimar que el Código civil viene a rechazar, por vía de silencio, al Derecho foral en su función supletoria del Derecho mercantil, es suficiente considerar que esta conclusión no está de acuerdo con el criterio general de total respeto a los Derechos forales que marcan los artículos 12 y 13, y que el citado artículo 16 se limita a proclamar el carácter supletorio del Código civil respecto del de comercio: lo que no excluye que existan otros derechos supletorios: también lo serán los forales conforme a la interpretación histórica y lógica de los artículos 2 y 50 del Código de comercio.

7. En conclusión, la doctrina fundamental de la Sentencia, sobre la aplicación del Derecho foral, parece correcta, en cuanto tal; no, en cambio, como solución del caso práctico, muy dudoso, ni tampoco por los argumentos esgrimidos.

Pero en todo caso hay que reconocer:

— el cúmulo de sentencias contrarias que, por tanto, constituyen doctrina legal a efectos de la casación, mientras que hoy por hoy la que hemos comentado es única,

— que el caso viene singularizado por la existencia de razones políticas y prácticas que, en ciertos momentos históricos, puede inducir a la solución contraria.

JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS,

Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.