

El término Derecho común en el Código de Comercio

Estudio sobre la doctrina del Tribunal Supremo

FEDERICO de CASTRO y BRAVO

SUMARIO: I. PROPÓSITO Y OCASIÓN DE ESTAS NOTAS.—II. EL TÉRMINO DERECHO COMÚN EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL. 1. *Significados del término Derecho común.* 2. *El Código de Comercio de 1829. Doctrina del Tribunal Supremo.* 3. *El Código de Comercio de 1885. Doctrina del Tribunal Supremo. La doctrina de los autores.*—III. LAS MOTIVACIONES DE POLÍTICA JURÍDICA. DISGRECIÓN SOBRE UN SUPUESTO PARTICULAR.—IV. LA PUBLICACIÓN DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUÑA.—V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 1968.

I. PROPOSITO Y OCASION DE ESTAS NOTAS

En la tertulia o seminario informal que se celebra los miércoles en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, el pasado curso se dedicaron algunas sesiones al estudio y comentario de la importante Sentencia del Tribunal Supremo, fechada el 28 de junio de 1968. Hubo intervenciones de alto tono científico y la discusión alcanzó también un clima de noble apasionamiento. Tomaron parte en la misma algunos de nuestros más preclaros mercantilistas y civilistas; actuando de ponente don Jesús Díez del Corral. La ponencia recibió el elogio de todos, tanto de quienes aceptaron sus tesis, como el de aquellos que creyeron deber contradecirlas; aplauso bien merecido, por lo elaborado del trabajo, su erudición y finura de la exposición.

Algunos de los asistentes a la reuniones mencionadas, no llegamos a tomar parte en el debate, por unas u otras razones o circunstancias. Mas la cuestión, por su interés práctico y doctrinal, no podía ser abandonada al cerrarse el debate en el seminario de los miércoles. En alguna otra reunión, habida con diferente motivo, con colaboradores de este ANUARIO, y teniendo en cuenta las doctas y encontradas opiniones emitidas en el seminario, me pareció que no debía reservar mi opinión, aunque ella quedase algo distante de las allí mantenidas. Ahora, después de leído el comentario del señor Díez del Corral a la sentencia de 28 de junio de 1968, tan documentado y de tanta fuerza suasoria, publicado en el anterior fascículo de este ANUARIO (1), y

(1) *El Derecho Foral como supletorio del Derecho Mercantil.* (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968); ADC; XXII-3; pág. 692 y sigs.

habiendo estudiado y meditado las páginas que el profesor don Jesús Rubio dedica al Derecho común, como Fuente del Derecho, en su admirable y envidiable Introducción al Derecho mercantil (2), he creído que debía decir públicamente mi criterio; aunque sea tan sólo para dar ocasión a la crítica y saber si me he equivocado al enjuiciar esta cuestión, tal y como lo hiciera en la reunión recordada y en la Universidad.

El ya publicado trabajo del señor Díez del Corral, me ha facilitado la labor y me permitirá abreviar considerablemente la extensión de estas notas; pues en aquél encontrará el lector el texto literal de los considerandos de la sentencia de 28 de junio de 1968, e importantes detalles, antecedentes y razones sobre el caso que aquella decisión vino a terminar (3).

El presente estudio se ha centrado, como indica su título, en el del término Derecho común en las normas mercantiles; mas no se ha olvidado cual fuera su origen ocasional, la sentencia del 28 de junio de 1968, su doctrina y su fallo aplicando al caso de autos el artículo 322 de la Compilación catalana. Por tales motivos, se considerará primero, con un cierto detenimiento, el significado atribuido a la frase Derecho común; después, el valor que respecto del alcance del Derecho común tienen los artículos 321 y 322 de la Compilación; por último, se examinará críticamente la sentencia tantas veces citada del 28 de junio de 1968.

II. EL TERMINO DERECHO COMUN

1. *Significados del término Derecho común.*

Las dudas sobre el significado del Derecho común en las leyes mercantiles ha sido preocupación nueva, pues los antiguos mercantilistas lo estimaban evidente y resuelto por las leyes. Ha surgido modernamente, en especial al discutirse la sentencia de 28 de junio de 1968. Suscitada ya, habrá que buscar unas respuestas capaces de disiparlas, y del modo más satisfactorio posible.

El método a seguir para encontrarlas, nos viene dado por la naturaleza misma de la cuestión. No es de índole dogmática; no se ha puesto en duda el ser o sustancia del Derecho común. Lo que se pregunta es tan sólo cual sea el sentido que tiene en el Código de

(2) *Introducción al Derecho Mercantil*, 1969, I, págs. 399-404.

(3) Para comodidad del lector, se recordarán los hechos del caso. En breve síntesis: una señora casada, de vecindad civil catalana, había avalado una letra girada por su marido (por suministro de mercancías), vigente ya la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña; un acreedor de la mujer (por venta de mercancías) pide la declaración de nulidad del citado aval (para levantar el embargo trabado sobre bienes de la mujer en base del aval y poder dicho acreedor ejecutar válidamente su crédito). La demanda de este acreedor de la mujer fue denegada en primera y segunda instancia. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso, casando la sentencia de primera instancia, por inaplicación del artículo 322, párrafo primero de la Compilación catalana.

comercio esa frase de "Derecho común". Labor exegética muy concreta, que puede facilitarse recordando los distintos sentidos con los que se han empleado esas dos palabras y que puede realizarse examinando los que haya podido tener en los momentos clave, los de la publicación de los Códigos de comercio de 1829 y de 1885, y la de la del Código civil en 1889.

A este fin, y previamente, para mayor facilidad, puede recordarse cuáles han sido los principales sentidos con los que, en tiempos sucesivos, ha venido usándose el término Derecho común.

Los romanistas nos han enseñado que dicho término "ius commune" no fue utilizado técnicamente en los textos justinianos. La obra exegética de los juristas medievales supo, sin embargo, poner de relieve que se podrían distinguir dos modos de su empleo. Al lado de los Derechos peculiares de cada "civitas" cabía señalar la existencia de otro Derecho, el "ius gentium", usado por todos los pueblos, y que, por ello, merecía la consideración de común. Aquellos autores también se cuidarán de destacar la diferencia que había entre las reglas generales, normalmente aplicables y aquellas otras dadas para casos, personas o situaciones especiales; las unas con el carácter de "ius commune" y las otras como "ius singulare" (4).

La doctrina medieval hizo más, pues logró dar un cierto carácter técnico al calificativo de "ius commune". Lo que hubo de realizar potenciando el valor y alcance de las reglas del "Corpus iuris". Estas, en su conjunto, se estiman constitutivas del "ius commune"; con la importante consecuencia práctica de afirmar su significado de Derecho general y racional. Mientras que los "statuta", el "ius municipale", quedaba reducido a la consideración de reglas locales, sobre materias concretas y determinadas, de carácter arbitrario o privilegiado. Con el resultado destacable de que dicho "ius commune" habrá de ser utilizado como Derecho supletorio general, respecto de los Derechos particulares o especiales y de que las reglas de estos Derechos se interpreten restrictivamente, como disposiciones excepcionales o privilegios en favor de territorios, clases sociales o personas determinadas ("statuta sunt sterilia sicut mulae") (5).

Un cambio radical en el sentido de Derecho común tendría lugar en el Renacimiento, con el fortalecimiento del poder de los soberanos nacionales y su independización no sólo de hecho, sino también en lo formal, respecto del Imperio. El Derecho romano es desplazado por el Derecho Real y a éste se le atribuye, desde entonces, el ca-

(4) Así, p. ej., se hablará de "iure commune et militare". Pueden consultarse los principales textos, en los recogidos por *Vocabularium Juris utriusque*, de SCOTT, BRISONIO, HEINECCIO, y VICAT, ed. 1759, voz "Communis", I, pág. 305.

(5) Historiadores modernos acostumbran a designar como "ius commune" o Derecho común la doctrina jurídica que se va formando en la Edad Media sobre la base de los textos romanos y canónicos o también la que se ha creado desde el Siglo XIV hasta la Codificación (Derecho intermedio); pero, este significado relativamente reciente y erudito no interesa a nuestro objeto.

rácter de Derecho común, en cuanto a sus disposiciones le acompañan las notas de general, normal y racional.

En la época moderna, la fragmentación sufrida por el Derecho civil, al ser recogido de modo parcial en los Códigos civiles, hace que el término Derecho común tome un nuevo matiz que, en cierta manera, le acerca al que tuviera en la Edad Media. La práctica, las leyes, la sistemática de los autores, acostumbran a calificar de Derecho común las disposiciones generales del Derecho privado (Derecho civil en sentido estricto), respecto de los llamados Derechos especiales, ramas del Derecho privado (Derecho comercial, laboral, agrario, industrial, &) que se van separando del viejo tronco común (Derecho civil en sentido amplio) (6).

En base a esta pluralidad de sentidos, conexos pero bien distintos, habrá de plantearse la interrogante: ¿en qué sentido se ha empleado la frase Derecho común, al ser llamado a regir como complementario del Derecho mercantil?

2. El Código de comercio de 1829.

El Código de 1829 ha sido el primer paso que el legislador diera hacia la codificación del Derecho privado; lo que hace que ofrezca un interés mayor que el que hubiera tenido como estricta ley mercantil (7). Ahora, en primer lugar, importa a nuestro objeto averiguar el significado que se le diera a su remisión al Derecho común. Ella se encuentra en los artículos 234, 263 y 581, cuyo texto convendrá tener presente.

Artículo 234.—Los contratos ordinarios de comercio están sujetos a todas las *reglas generales que prescribe el Derecho común sobre capacidad de los contrayentes y demás requisitos* que deben intervenir en la formación de los contratos en general, así como las excepciones que impiden su ejecución y causas que los rescinden e invalidan, bajo la modi-

(6) Una variante de este sentido ha sido propuesta por VICENTE Y GELLA. Nos dice que las relaciones mercantiles se regulan tanto por las propias leyes mercantiles como por la legislación común; el legislador, en el art. 50 del C. de c., se refiere a "Derecho privado general, que en realidad no puede decirse que sea civil ni mercantil", y que se encuentra en "ciertas reglas del Derecho civil aplicables a las relaciones comerciales con el carácter de normas principales", *Curso de Derecho mercantil comparado*, I, núm. 20, ed. 1944, págs. 79 y 82; ed. 1960, págs. 63, 65 y 66.

(7) Tiene, por ello, un contenido más amplio que el Código de comercio de Napoleón, y establece disposiciones generales sobre la contratación; peculiaridad cuya trascendencia para la regulación del Derecho privado ha sido destacada por RUBIO, *Sainz de Andino y la Codificación mercantil*, 1950, página 147.

ficación y restricciones que establecen las *Leyes especiales de comercio* (8).

Artículo 263.—Las obligaciones mercantiles se extinguen por los modos *prescritos en el Derecho común sobre los contratos en general*, salvo las *disposiciones especiales*, que para casos determinados se dan en este Código.

Artículo 581.—Las acciones que por las leyes del comercio no tengan un plazo determinado para deducirlas en juicio, prescriben en el tiempo que corresponda, atendida su naturaleza, según *las disposiciones del Derecho común*.

¿Qué significa en estos artículos la repetida referencia al Derecho común? Parece indudable que no aluden al Derecho romano. La negación del carácter de Derecho común al Derecho romano se había impuesto desde hacía mucho tiempo, por razones principalmente políticas. El Rey o el Príncipe es soberano en su Reino, como pudiera serlo el Emperador; con la consecuencia de que el Derecho romano se considera Derecho extranjero, carente de fuerza vinculante para los súbditos del Rey o del Príncipe. A la vez, de entre las disposiciones propias del Reino, se irán distinguiendo las que conservan el antiguo carácter local o de privilegio (“*ius municipale*”, “*ius speciale*”) y aquellas otras de naturaleza general que reciben el nombre de Derecho Real y a las que se atribuye exclusivamente la condición de Derecho común del Reino. Doctrina que puede calificarse de opinión común de los autores, en los siglos XVI y XVII (9).

Durante el siglo XVIII, este criterio se mantiene y, además, se fortifica. La pérdida por el Derecho romano de su antiguo carácter de Derecho común se justifica ahora y se acompaña de una crítica acerba sobre su propio contenido (10). En cambio, se potencia al

(8) Se subrayan, aquí y en lo sucesivo, las frases que interesa destacar; debiéndose advertir que *no están* subrayadas en los textos originales; en el caso en que lo estén, se indicará en nota.

(9) “*Jus namque commune horum Regnorum est illud, quod in legibus partitorum atque aliis legibus huius Regni statutum invenitur, nec leges Pandectarum, nec Imperatorum in his Regnis tanquam leges, sed tanquam dicta Sapientium accipienda sunt*”, MOLINA, *De Hispanorum Primogeniorum*, 3, 12, 11, ed. 1650, pág. 422; GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum civilium*, IV, q. 29, 3, q. 65, 14, ed. 1730, II, 2, págs. 62 y 161-162. VELA, *Dissertationum iuris controversi*, Diss. 45, 50, ed. 1761, II, pág. 196. También citas recogidas en *Derecho civil de España*, ed. 1955, I, pág. 167, notas 2, 4 y 5, pág. 168, notas 2 y 3. Ultimamente, HERNÁNDEZ GIL, *Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado*, en *Estudios en honor del profesor Castán*, publicados por la Universidad de Navarra, 1969, IV, páginas 347-348.

(10) MORA Y JARABA, *Tratado crítico. Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos*, 1748; obra en la que se recogen las principales censuras dirigidas al Derecho romano, en España y fuera de España.

Sobre la falta de vigencia de las leyes romanas en los Tribunales españoles: Epístola de Mayans a Berni, publicada en FRANQUENAU, *Sacra Themidis hispaniae arcana*, 2.^a ed. 1780, pág. 29, CASTRO (Juan Francisco), *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, 1765, I, pág. 88; CORTINES, *Década legal*, 1786, I, pág. 99.

máximo el valor de Las Partidas; las que son consideradas, más que como versión hispánica del "ius commune" medieval, como la mejor expresión de la razón jurídica. Lo que permitirá atribuirle la condición de Derecho común en todos los Reinos de España. Consideración que se extenderá a los textos de la Nueva Recopilación, desde la "novísima" edición que se hiciera el año 1723. Valoración que se confirma por la utilización de Las Partidas y de la Recopilación en los libros destinados a la enseñanza del "Derecho Patrio" (11). De este modo, casi insensiblemente, se llega a considerar este "Derecho civil de Castilla" como Derecho común, respecto tanto de los Derechos forales o particulares de los demás reinos, como de las disposiciones propias de territorios castellanos de Derecho foral o local (12); y ello con la consecuencia importantísima para la práctica de que también se le diera significado de Derecho supletorio general en todo el territorio español (13).

Esta elevación del Derecho civil de Castilla a la condición de Derecho común, aunque nacida del uso y de la práctica, se consolida al encontrar un buen apoyo en el Derecho positivo (14). En efecto,

(11) TORRES Y VELASCO, *Institutiones Hispaniae practico-theorico comentatae*, eds. 1735, 1749; MUJAL Y DE GIBERT, *Noxiter digestae Justinianici Institutionum juris et Patrii Catalauniae*, 1781; BERNI, *Instituta Civil y Real*, 1775. Este autor, a su manera, nos muestra cómo el Derecho Real de origen castellano, hubo de irse convirtiendo en Derecho común de España. Dice así: "Tú, lector, huye de tal laberinto (el creado por los contrarios dictámenes de los autores) y acógete al estudio de las Leyes Reales de España, que ellas te sacarán de todo. Por ellas serás buen abogado aún en los Reinos en los que en lo civil no están obligados a seguirlas; v. gr., Cataluña y Aragón; pues como las Leyes Reales están sacadas de los Santos Padres y autores más científicos; L. 6, tit. 1, part. 1; que tuvieron por norte a las Leyes Divinas, Canónicas y Civiles (díganlo Don Sebastián Ximénez en sus Concordancias y Gregorio López en su Comento) sucede que el *quid iuris* casi es conforme en todos los Reinos; digo casi, porque en Dotes, Donaciones y Ultimas Voluntades, hay alguna disimilitud, y en los demás sólo hay que ver en lo ritual, que no es el caso", pág. XXXIX.

(12) JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO (Ignacio), DE MANUEL Y RODRÍGUEZ (Miguel), *Institutiones del Derecho civil de Castilla. Van añadidas al fin de cada artículo las diferencias, que de este Derecho se obscrvan en Aragón por disposición de sus Fueros*, 3.^a ed., 1780, págs. IV, VI, y 311.

(13) PÉREZ Y LÓPEZ, en *Teatro de la Legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus Cuerpos y decisiones no recogidas y alfabético de sus títulos y principales materias*, de tanta autoridad y general aplicación en la práctica, nos dice, en su "Discurso preliminar", refiriéndose al Derecho romano, que: "en Aragón, Navarra y Cataluña goza aún de más aceptación, bien es verdad que en defecto de ley particular de estas provincias no debe recurrirse al romano, según quieren algunos AA.; sino al Real de Castilla, como juzgaron el Olano y Armendáriz, y debe sostenerse ahora con más fundamento en virtud de dos Reales Resoluciones promulgadas en este siglo, que dan mayor fuerza a la última opinión (Aut. 3 y 10, tit. 2, lib. 3 Recop)", ed. 1791, I, pág. XII. Los autos citados se recogen en Nov. 3, 3, 1; 5, 7, 1; 5, 7, 2. Doctrina después generalmente aceptada, ELÍAS, FERRATER, BACARDI, *Manual de Derecho civil en Cataluña*, 3.^a ed., 1885, número 12, pág. 15, nota 2; núm. 3517, pág. 570.

(14) SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 3.^a ed., 1832, I, página XIII.

el título 2.º (“de las Leyes”), del libro 3.º de la Novísima Recopilación, recoge y da valor general a la Ley 1.ª de Toro; y en ésta, bajo el epígrafe “Orden de las Leyes y Fueros que se han de observar para la decisión de los pleitos” (Nov. 3, 2, 3), se establece el orden jerárquico general de las fuentes jurídicas. Dentro ya de la indicada referencia a los Fueros, hubo de considerarse comprendidos los Fueros Provinciales, de los que se ocupan el tercer título del libro tercero y el libro quinto (títulos 7.º, 8.º, 9.º y 10) de la Novísima. Lo que llevará consigo que se atribuyan a los Fueros Provinciales, al igual que a los otros Fueros, el goce de la condición privilegiada propia de los Derechos singulares o particulares, y que, como tales, de interpretación estricta, hayan de ser completados, en su caso, por el “Derecho común patrio”; es decir, por ciertas disposiciones del Derecho civil, que fueran de origen castellano y que, desde tiempo atrás, por haber dejado de ser propias del Derecho particular de Castilla, llegan a ser conocidas como “El Derecho civil llamado de Castilla”.

Los hechos recordados permiten ya obtener las siguientes conclusiones. El Código de 1829 no pudo utilizar la denominación “Derecho común” en el sentido de 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 “*contradictio in terminis*”, ya que sería calificar de común a lo que era considerado Derecho particular singular (15). Parece, por tanto, que la remisión hecha por el Código de comercio de 1829 al “Derecho común”, habrá que entenderla realizada respecto al “Derecho civil llamado de Castilla”.

Dos tipos de razones favorecieron la referencia al Derecho común hecha en el Código de 1829. La del espíritu dominante de la época, favorable a la codificación uniformadora. La naturaleza misma del comercio, que para su buen funcionar y consiguiente seguridad del tráfico exige la máxima racionalización y simplificación de su regulación jurídica.

La tarea codificadora, en tal sentido, estaba ya bien preparada. La práctica del comercio y la jurisdicción mercantil (consular, tribunales de comercio) venían aplicando en materia comercial, junto a las Ordenanzas consulares, las disposiciones del Derecho común (Partidas y Novísima). El ejemplo extranjero, la opinión de los

(15) Tampoco cabe imaginar que el legislador de 1829 entendiera su remisión al Derecho común en el sentido de completar las normas mercantiles con cualquier precepto, general, particular, especial o privilegio, siempre que ellos regulasen una materia considerada propia del Derecho civil; pues tal concepto abstracto no era utilizado siquiera por la doctrina de la época. En verdad, la denominación *Derecho común* no se emplea nunca en la doctrina española o extranjera, como incluyendo los Derechos de limitada aplicación local o territorial; sin duda, porque ello chocaba con la inveterada tradición jurídica y con el mismo uso del lenguaje, que sobrentiende en el término *Derecho común* la nota de la generalidad de su aplicación.

hombres de negocios y la de los juristas de todas las regiones coinciden en aconsejar la uniformidad jurídica. No puede extrañar, por tanto, que, desde su iniciación, la codificación estuviese dirigida por el propósito de dar fijeza y uniformidad al Derecho mercantil (16); finalidad que expresa y claramente se expone en la Real Cédula por la que se promulga el Código de comercio, el 30 de marzo de 1829 (17).

En fin, la afirmación de que el Código de 1829 entiende por Derecho común el "Derecho civil llamado de Castilla", está avalada por la doctrina de mayor autoridad.

Sobre la opinión de los autores tenemos el testimonio de Manuel Durán y Bas; agudo jurista y tan buen conocedor del Derecho mercantil como de las especialidades forales. Quien entiende que el Derecho común mencionado en el artículo 234 del Código de comercio de 1829 es el de la legislación de Castilla, por la doble razón de: la finalidad uniformadora del Código y de ser éste el sentido que se le da al Derecho común en el lenguaje usual (18).

Doctrina del Tribunal Supremo.—El criterio de los Tribunales se pronuncia ya en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1866; decisión que tiene una especial autoridad, por su claro propósito de sentar doctrina sobre la cuestión que nos ocupa. Se trataba de la extensión de un cláusula de garantía. En los motivos de casación el recurrente acusaba a la sentencia de instancia de haber infringido varias leyes del Digesto. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso: "Considerando, en cuanto a las citas que en él se hacen de las leyes romanas, que habiéndose promulgado el Código de comercio como ley uniforme para todo el reino en materias y asuntos

(16) En la Exposición que dirigiera Sáinz de Andino al Gobierno (2 noviembre 1827) ofreciéndose a redactar el Proyecto de Código de comercio, destaca la necesidad de "una jurisprudencia comercial fija, cierta, uniforme y general", cita de LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, 1950, I, pág. 209.

(17) En ella se critica la situación existente, diciéndose que: "se carecía de leyes generales que determinasen las obligaciones y derechos que proceden de los actos de comercio, de lo cual resultaban grande confusión e incertidumbre, tanto para los mismos comerciantes y traficantes, como para los Tribunales y Jueces que habían de dirimir sus diferencias". Se justifica el Código, señalando que tiene por objeto: "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 generales de la conveniencia del mismo comercio". Termina con las palabras siguientes, puestas en boca de Fernando VII: "he venido en decretar y decreto como ley universal para todos mis Reinos y Señoríos en materias y asuntos mercantiles el siguiente Código de comercio".

(18) En las *Notas* de DURÁN Y BAS a las *Instituciones civiles de Derecho mercantil de España*, debidas a MARTÍ DE EIXALA, desde la 4.ª edición (1865) de esta obra, también en la 5.ª (1870), pág. 110, en la que recoge la S.T.S. de 26 de mayo de 1866; citas de RUBIO, *Introducción*, págs. 400-401 y. N. 46. El texto de las *Instituciones* adaptado por DURÁN Y VENTOSA al Código de 1885 se recoge en la nota 39.

La autoridad de los juristas catalanes Martí de Eixalá y Durán y Bas, fue reconocida en toda España; sobre ella, LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, I, 1950, pág. 209.

mercantiles con el alto fin de uniformar la legislación en esta parte por un sistema completo y fundado sobre los principios inalterables de justicia, derogando todas las leyes, decretos, órdenes, reglamentos y ordenanzas particulares, como se expresa y manda en la Real Cédula de su publicación y declarándose en el artículo 234 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 y no han debido invocarse para fundar este recurso las referidas 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 porque, de otro modo, vendría a destruirse la uniformidad establecida por el mencionado Código” (19).

Puede considerarse así fijado el criterio interpretativo sobre el sentido que el Código de 1829 diera al término Derecho común. Siendo ello de este modo, habrá de concluirse que las disposiciones especiales, los fueros provinciales o locales, las reglas estatutarias y los privilegios de cualquier clase existentes, respecto de la capacidad de los contratantes, requisitos para la formación de los contratos, causas de invalidez, rescisión y extinción de los contratos, quedaron derogados al entrar en vigor el Código de comercio, respecto de materias y asuntos mercantiles; y ellos, en su caso, fueron sustituidos por lo establecido en el Código de comercio y, en defecto de éste, por lo dispuesto en el Derecho común, constituido por el “llamado Derecho civil de Castilla”.

3. *El Código de comercio de 1885.*

En el nuevo Código de comercio, del año 1885, nos encontramos también utilizado el término Derecho común y hasta mucho más generosamente que en el del 1829; así, en los artículos 2.º, 50, 89, 310, 466, 532, 579, 4.º, 943. Empleándose también otras frases que se le pudieran estimar equivalentes como: Legislación común (artículo 12), Derecho civil (art. 51), Ley común (art. 74), disposiciones generales del Derecho (arts. 48, 133), requisitos esenciales del Derecho (art. 117), medios reconocidos en Derecho (arts. 240, 573, 771), formalidades de Derecho (art. 253), según Derecho (art. 580, 9.º), &.

La antigua doctrina no parece haber puesto nunca en duda, que el Código de 1885 usaba el término Derecho común con el mismo sentido técnico que le diera el Código de 1829. Ello, no obstante, en la sentencia de 18 de junio de 1968, y con ocasión de ella, al comentarla, se ha llegado a la conclusión contraria; en especial, respecto al artículo 50, que corresponde al 234 del Código derogado. Dicho artículo 50 reza así:

(19) Véase nota 8.

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 lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, *por las reglas generales del Derecho común.*

Modernamente (especialmente con ocasión de S. T. S. 28, 3, 1968) se ha sostenido que la citada frase “Derecho común” no se refería al “llamado Derecho civil de Castilla”, sino a éste y también a las disposiciones civiles contenidas en los fueros provinciales y locales. El argumento utilizado con más energía ha sido el basado en el cambio que experimentarían doctrina y trabajos preparatorios legislativos en cuanto a la valoración de los Derechos forales (20). Se citan como prueba del cambio experimentado en 1885, respecto del concepto aceptado en 1829, sobre Derecho común, los siguientes datos: el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, por el que se da intervención oficial a los representantes forales en la Comisión de Códigos; el fracaso del Proyecto de Alonso Martínez de 1882; la presentación por Silvela de su Proyecto de Ley de Bases, en 7 de enero de 1885 (21); la utilización como sinónimos de los términos Derecho civil y Derecho común, en la Exposición de Motivos del Código de comercio (22).

Esta ingeniosa argumentación impresiona a primera vista. Desgraciadamente, la realidad histórica no le abona.

Para valorar debidamente la tesis examinada, habrá de tenerse en cuenta la magnitud del cambio predicado. La aceptación que se postula, de un Derecho complementario del Código mercantil, compuesto por las disposiciones del Derecho civil llamado de Castilla y también por aquellas aplicables de los Fueros provinciales y locales, hubiera llevado consigo: 1. Otorgar nueva vigencia a ciertas normas forales, derogadas en 1829, para que vuelvan a regir en materia y asuntos comerciales. 2. La correlativa derogación de las disposiciones del Derecho llamado de Castilla (antiguo Derecho común) para que dejen de aplicarse en el ámbito mercantil. 3. El abandono, en este respecto, de la finalidad uniformadora de la legislación mercantil.

¿Trastorno de tanto alcance en el contenido normativo y en la política legislativa, cabe suponerlo sin disposición clara y terminante? No se advierte signo alguno de que se hubiera pensado tal cosa, ni

(20) Otra tesis, la del diferente significado de la frase Derecho común, en los arts. 2.º y 50 del Código de comercio, será considerada después, en nota 54.

(21) Todavía podría agregarse el dato, de que el Código de comercio se promulga el 22 de agosto de 1885, con la firma de Francisco Silvela. Aunque, en verdad, su significación es más aparente que efectiva, pues resulta de la colaboración tácita de los partidos turnantes en cuestiones de interés nacional. Silvela refrenda la obra preparada por Alonso Martínez (Proyecto del Código de comercio), al igual que Alonso Martínez firmara, como ministro de Gracia y Justicia, la Ley de Bases para el Código civil, en 1888, basada en el Proyecto de Silvela y que suponía el abandono de su propio Proyecto de Ley de Bases.

(22) DÍEZ DEL CORRAL, loc. cit. pág. 692 y sigs.

de que los representantes de los territorios forales presionasen en tal sentido. Por el contrario, hay indicios bien reveladores de que no se abandonó el criterio uniformador del Código de 1829.

No debe olvidarse la participación constante y decisiva de Alonso Martínez en la redacción del Código de 1885. El nos cuenta que propuso el R. D. de 8 de agosto de 1855, por el que se confiaba a una Comisión especial la revisión del Código de comercio de 1829; formó parte de la Comisión designada el 20 de septiembre de 1869 para entender de la redacción de un nuevo Código de comercio; y como presidente ya de dicha Comisión, eleva al Gobierno un anteproyecto para dicho Código. Será después presidente de la Comisión revisora del proyecto de Código, en su condición de Ministro de Gracia y Justicia (1 marzo 1881) y también como Ministro firma la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de comercio de 18 de marzo de 1882, en cuya redacción nos dice él mismo que intervino directa y activamente.

El pensamiento de Alonso Martínez sobre la diversidad de leyes civiles y sobre la conveniencia de la uniformidad, es bien conocido. No pretendía, afirma con insistencia, identidad a toda costa, pero luchó con energía y constancia, oportuna e inoportunamente, para demostrar la urgente necesidad de Códigos, que constituyesen "con ventaja común, el Derecho general de los ciudadanos españoles", aunque eso sí, dando o reservando una legislación especial para "aquellas instituciones, que por estar muy arraigadas en las costumbres, sea imposible desarraigar sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia". También interesa recordar que fuera precisamente durante el funcionamiento de la Comisión creada por el R. D. de 2 de febrero de 1880, cuando Alonso Martínez hubo de convencerse de que no había obstáculo alguno para aplicar el Derecho común a toda la materia de obligaciones y contratos en general, pues nada se encontraba en ella que aconsejara conservar alguna de las especialidades forales. Conclusión a la que llega, nos dice expresamente, después de haber escuchado las opiniones de los representantes forales, en especial las de Durán y Bas y de Franco, y de haber tenido en cuenta lo estampado en la Memoria del representante de Navarra (23).

También se da la circunstancia —perdónese la insistencia— de que la elaboración del nuevo Código de comercio se realiza en unos momentos en los que había fundadas esperanzas de una inminente aceptación del proyectado Código civil de Alonso Martínez y en los que no se pensaba ni podía pensarse en el aún no redactado Proyecto de Ley de Bases de Francisco Silvela. Este Proyecto lleva la fecha de 7 de enero de 1885 y la Exposición de Motivos del Código de comer-

(23) ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 1884. I, especialmente págs. 19, 26, 283; 1885, II, págs. 105-116. No concurrieron a las deliberaciones de la Comisión de Codificación, los representantes de las Islas Baleares, Vizcaya y Galicia.

cio, expresión de su espíritu y propósito, está datada el 18 de marzo de 1882. En ella, además, se menciona el Proyecto del Código civil (el de Alonso Martínez) como "sometido o próximo a someterse a la deliberación de las Cortes" (24). También Alonso Martínez, en su libro antes citado, nos habla del "Proyecto de Código de comercio, ya aprobado en el Congreso, pero pendiente aún en el Senado" (25). Hechos todos que demuestran la conexión del texto del Código de comercio de 1885 con el pensamiento y proyectos de Alonso Martínez y que, por otro lado, señalan la desconexión de dicho texto con el Proyecto de Ley de Bases de Silvela.

La Exposición de Motivos al Proyecto de Código de comercio, usa reiteradamente el término Derecho común como equivalente al término Derecho civil, y hasta emplea la frase "Derecho civil o común". Esta terminología se ha pensado que podría apoyar la tesis de que por Derecho común se entendería ahora cualquier disposición sobre materia civil, tanto del Derecho civil llamado de Castilla, como de los Derechos forales. Interpretación defendible en abstracto, pero que no corresponde al lenguaje jurídico de la época ni al espíritu y contenido de dicha Exposición de Motivos.

El término Derecho civil había venido utilizándose como sinónimo de Derecho romano, precisamente por la condición que antes se le atribuyera de Derecho común o general. Cuando después se le niega dicha condición al Derecho romano y se emplea corrientemente la denominación Derecho común en favor del "Derecho civil llamado de Castilla", se entienden referidas a éste las frases de "Derecho civil"; "Derecho común" y "Derecho civil o común".

En la Exposición de Motivos, se explica que: "Partiendo del concepto fundamental arriba expresado, según el que el Derecho mercantil es uno de los varios derechos particulares o especiales, que, como todos los demás, reconoce su origen común en un Derecho privado general, el Proyecto declara que los contratos mercantiles se regirán en todo lo concerniente a los requisitos necesarios para su validez, capacidad de los contrayentes, modificaciones o novaciones, excepciones, interpretación y extinción por lo dispuesto en el Código o en leyes especiales, aplicándose en todo lo que no se halle expresamente establecido, en éstas o en aquél, las reglas del Derecho civil o común" (26). Este párrafo de la Exposición de Motivos, fechada el año 1882, contrapone el Derecho mercantil, con la condición de Ley especial, al Derecho civil o común, que se considera supletorio

(24) E. de M., sec. "Comerciantes", par. 3, i. f.

(25) "El Código civil...", II, pág. 114.

(26) E. de M., lib. I, "Contratos mercantiles en general". El art. 50 del Código de comercio vigente es casi idéntico al texto reproducido de la E. de M., salvo alguna secundaria variante; entre ellas, la de decir "por las reglas generales del Derecho común", con lo que se atiene al texto del art. 234 del Código de comercio de 1829.

de todas las leyes especiales (27). No nos dice qué es lo que entiende por Derecho supletorio, pero ello está dicho en el texto contemporáneo del Proyecto de Código civil. Su artículo 14 reza así: "Las disposiciones de este Código se aplicarán a los asuntos que se rigen por leyes especiales en los casos en que éstas no contengan disposiciones aplicables a ellos" (28). El proyectado Código civil se pensaba sería Derecho supletorio de la legislación mercantil, en cuanto sucesor y sustituto del Derecho civil llamado de Castilla.

En fin, y por último, inclina a la decisión apuntada lo que puede considerarse proceder normal en la técnica legislativa, y del que no hay por qué pensar se desviasen los redactores del Código de 1885. Hubiera sido más que extrañío, absurdo, dar entonces un nuevo sentido a la frase Derecho común, distinto al empleado en 1829, y opuesto al usado corrientemente en el lenguaje jurídico, creando con ello una impresión contraria a lo querido y una irremediable confusión (29).

Doctrina del Tribunal Supremo.—La exégesis hecha, puede estimarse confirmada por la autoridad del Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala de lo civil de 27 de diciembre de 1888. En ella se decide, es cierto, un asunto regido por el Código de comercio de 1829, pero en ella se quiere también sentar la doctrina aplicable al moderno Código de 1885. Dice: "Considerando que tratándose, como se trata, de un contrato mercantil, no son aplicables, ni han podido, por tanto, infringirse las leyes del Digesto que se citan en el tercer motivo, porque el *Código de comercio, tanto el antiguo como el moderno*, es ley general para toda la Monarquía, y esas leyes romanas, aunque rijan como supletorias en Cataluña, no constituyen el Derecho común, a cuyas leyes generales están sujetos los contratos ordinarios de comercio" (30).

4. *La publicación de Código civil.*

El Código civil, conforme a lo establecido en la Ley de Bases, no afectará a los Derechos forales, según dispone su artículo 12;

(27) Véase E. de M., lib. I, "Fuentes del Derecho mercantil"; comp. Proemio, par. 4, lib. I, "Contratos mercantiles en general" y lib. IV, "Prescripciones".

(28) Texto en PEÑA, *El Anteproyecto del Código civil español* (1882-1888), pág. 59.

(29) Puede agregarse a lo dicho, que la utilización del término Derecho común en 1829 y 1885, sólo se explica con el sentido señalado; en otro caso, sería inútil y fuente de errores. En el supuesto de que los arts. 234 y 50, respectivamente de los sucesivos Código de comercio, no hubiesen dicho expresamente que la capacidad de los contrayentes, &, quedaba recogida por el Derecho común, se habrá concluido que se dejaba dicha regulación a las disposiciones civiles que les fueran aplicables, fuesen ellas castellanas o forales.

(30) La palabra "común" (y sólo ésta) está subrayada en el texto publicado de la Jurisprudencia civil.

Después de publicado el Código civil, se mantiene la misma doctrina, en las sentencias que se refieren a hechos anteriores al mismo, S.T.S., 5 de octubre de 1894, 28 abril 1899, después especialmente citadas.

mientras que el Derecho civil llamado de Castilla fue derogado y es sustituido por las disposiciones del Código (art. 1.976). Este cambio de legislación origina, en algunos supuestos, nuevas discrepancias entre el Derecho común (el codificado) y las legislaciones forales. Así, por ejemplo, en los territorios en los que regía o todavía rige como supletorio el Derecho romano, la mujer tiene restringida su capacidad, conforme al senado consulto Veleyano y a la Authentica "si qua mulier", disposiciones que son semejantes a las del Derecho común o castellano, según lo dispuesto en las Partidas (P. 5, 12, 2 y 3) y en las Leyes de Toro (Ley 65, Novísima Rec. 10, 11, 3). Normas éstas, como es sabido, que serán abolidas por el Código civil; de lo que nace la disparidad antes señalada (31).

Esta situación permite preguntarse después de publicado el Código civil, si la Ley mercantil (art. 50) ha de entenderse referida al antiguo Derecho común (el existente antes del Código), el que contenía disposiciones prohibitivas de la intercesión por la mujer, o bien habría que interpretarla en sentido amplio o abierto, respecto de las reglas que tengan o vayan adquiriendo en lo sucesivo carácter de Derecho común, en lugar de las antiguas y derogadas; aquí, en favor de las del Código civil, que han derogado aquellos privilegios otorgados a la mujer. En este último supuesto, se daría el resultado de que estos privilegios serían ineficaces respecto a todos los actos mercantiles, incluso en los supuestos de actos que, si fuesen civiles, serían regidos por los Derechos forales.

La cuestión que aquí se nos presenta, vista en su generalidad hay que desdoblirla, pues habrá que referirla a los dos cuerpos legales en cuya base ha de resolverse, el Código de comercio vigente y el Código civil.

Deberá entonces preguntarse, primero, si las remisiones al Derecho común, contenidas en el Código mercantil se refieren: bien al Derecho común que existía en el momento de su entrada en vigor (1.º enero 1886), es decir, al "Derecho civil llamado de Castilla" (Las Partidas, la Novísima Recopilación), congelándolo en ese instante: bien a las normas legales que tengan entonces y a las que en el futuro tuviesen la condición de Derecho común, por su carácter y por su alcance.

Referida la pregunta al Código civil, en segundo lugar, habrá que decidir si este mismo cuerpo legal entiende que sus preceptos han heredado el carácter de Derecho común que tuviera "el llamado Derecho de Castilla", o si, por el contrario, es de la misma condición y alcance que los Derechos especiales o forales vigentes en la fecha de su promulgación.

De las posibles interpretaciones del Código de comercio de 1885, parece más adecuada a su espíritu, la que considera se refiere al Derecho común en su sentido más propio, es decir, al Derecho general

(31) La que se mantiene por la Compilación catalana y que ha dado lugar al caso decidido por la S.T.S. de 28 de junio 1968.

y normal en materia de Derecho privado, de contenido variable, por tanto, conforme al posterior desarrollo legislativo. Ello, por dos tipos de razones:

1. Los redactores del Código mercantil, tal y como resulta de la Exposición de Motivos, no pensaban que la ley mercantil quedase completada por el anticuado y poco seguro Derecho castellano, sino que miraban ilusionados hacia el proyectado Código civil, cuya aprobación creían próxima. El Derecho común se concebía por tanto con un contenido variable, el del que constituyese, en cada momento, el del Derecho privado general.

2. La finalidad uniformadora del Código, la búsqueda liberalización y seguridad de la contratación mercantil, que repugnaba los viejos privilegios y restricciones de la capacidad de contratar; y ella sólo podía conseguirse con las normas claras y progresivas del futuro Código civil.

El segundo miembro de la pregunta formulada, parece de fácil respuesta: el Código civil se promulga con la condición de nuevo Derecho común.

La Ley de Bases destaca claramente entre el distinto carácter de las normas codificadas y el de los Derechos forales. Estas son conservadas por ahora (art. 5.º) y se piensa sean sustituidas por Apéndices, en lo que de ellas "convenga conservar" (art. 6.º). "Legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascaas" (B. 13) a las que se consideran y califican como "legislaciones especiales" (B. 17). El Código, por el contrario, se redacta con el propósito de "regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes" (B. 1.ª), las mismas que el Código vendrá a derogar y sustituir: el "Derecho civil llamado de Castilla" (B. 27). Disposiciones del anterior Derecho común, a las que se alude como "instituciones civiles del Derecho patrio" (B. 1.ª), "fundamentos del Derecho patrio" (B. 10), "principios y prácticas del Derecho de Castilla" (B. 12) y "doctrina del antiguo Derecho" (B. 21).

El texto del Código civil muestra de modo inequívoco que mantiene para sus disposiciones la condición de Derecho común; y ello, no sólo respecto de los Derechos forales (arts. 12 y 13). El artículo 15, en la edición primitiva y en la reformada, distingue los territorios regidos sólo por disposiciones del Código como "provincias y territorios de Derecho común", respecto de aquellos otros "donde subsiste Derecho foral" (32). El artículo 1.976 de la edición primitiva establece la derogación de las disposiciones que "constituyen el llamado Derecho civil de Castilla". Esta redacción cambia en la edición definitiva, que dice quedan derogadas las normas que constituyen el Derecho civil común". Se trata de una "corrección de estilo", pero

(32) La S.T.S. de 14 de diciembre 1967, al interpretar este artículo 15, califica al Código civil de Derecho común, destacando su condición de Derecho general, aplicable a la mayoría de los españoles.

La E. de M. de la ley de 13 de diciembre de 1943, contraponen el "régimen común" al de "las distintas legislaciones forales".

muy significativa. Muestra, tanto que el llamado Derecho civil de Castilla era considerado Derecho común, como que el Código le sustituye con la misma condición de Derecho común, respecto a todas las normas legales (33). Carácter que confirma el artículo 16, estableciendo el carácter de Derecho supletorio de las disposiciones del Código, en las materias que se rijan por las Leyes especiales (34).

Doctrina del Tribunal Supremo.—Teniendo en cuenta los hechos y las razones que se han venido exponiendo, es natural que el Tribunal Supremo, en repetidos e idénticos fallos, enseñe que el Derecho común, al que se remite el Código de comercio vigente, está constituido por las disposiciones del Código civil. Doctrina que puede comprobarse en los casos y sentencias que a continuación se recogen.

En un pleito en el que se discute la prescripción de una obligación cambiaría por aval, el recurrente alega la infracción del “*usatge omnes causae*”. El Tribunal Supremo desecha el motivo, diciendo que el “*usatge omnes causae*” “nunca tendrá carácter supletorio de la legislación mercantil” (S. 8 julio 1892); sin que estime necesario dar una explicación a lo afirmado, seguramente por considerarse evidente. De modo semejante, en Sentencia de 5 de octubre de 1894, se dirá, respecto de actos radicados en Cataluña, que: “no pueden invocarse disposiciones del Derecho romano (C. 4, 35, 22 y 23), y sí sólo las del Código de comercio y de la legislación común, que es la supletoria para los contratos de esta clase”.

Doblemente importante para la cuestión estudiada, es la Sentencia de 29 de diciembre de 1898. Se trataba, en lo que aquí interesa del pleito, de la eficacia de un documento privado (30 junio 1891) por el que una señora se obligaba a la devolución de un considerable número de acciones, en favor de la persona que las había entregado a un corredor de comercio, y ello para el caso de que este corredor, por cualquier motivo, no las devolviese. Se entendió haber aquí una fianza en materia comercial, constituida por una mujer, cuya capacidad estaba regida en general por el Derecho de Cataluña. El Juzgado y la Audiencia absolvieron a la fiadora, aplicando lo dispuesto en el Senadoconsulto Velezano. El Tribunal Supremo declara haber

(33) Sobre la relación del art. 1.976 con el art. 12, se afirma que “las instituciones del Derecho, regidas exclusivamente por la legislación común en los territorios forales, están sometidas a las prescripciones del Código, como nueva ley general, a tenor del mismo artículo, que mantiene en su integridad al Derecho foral, pero no lo extiende a materias ajenas al mismo”, S.T.S. 9 abril 1898, aplicada y recogida literalmente por R. 15 noviembre 1899. Sobre la cuestión de las leyes generales sustituidas por el Código, JERÓNIMO LÓPEZ, *La conservación de los regímenes forales y las leyes anteriores al Código civil*, A.D.C. IV, 1.º (1951, enero), pág. 182 y sig.; CASTRO, *Derecho civil de España*, 3.ª ed., 1955, I, pág. 277 y sig.

(34) La doctrina del Tribunal Supremo, al aplicar el art. 16, viene calificando al Código civil de Derecho común, Derecho regular y legislación común; S.T.S. 2 marzo 1953, 2 enero 1957, 23 noviembre 1958, 17 diciembre 1958 (todas de la Sala de lo civil) y S. 5 diciembre 1955 (de la Sala de lo Social).

También pueden tenerse en cuenta, arts. 1.317, 1.325 C. c., art. 169. Reg. nota.

lugar a la casación, considerando que: “dicha 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, que no concede a las mujeres el privilegio de eximirse del cumplimiento de las obligaciones de fianza”.

En el mismo sentido se dirá que: “considerando que las leyes aplicables a un acto de comercio, cual es el pagaré a la orden de fecha 7 de julio de 1889, sobre que versa el pleito (su validez o nulidad), son exclusivamente el Código de comercio y como supletorio el civil; y que, por tanto, no han podido ser infringidas las de la Instituta. Digesto y Partidas que se invocan en el recurso” (35).

Respecto de un caso en que se había absuelto al demandado, por estimarse la prescripción alegada, el Tribunal Supremo entiende, del mismo modo que en su Sentencia de 8 de julio de 1892, no aplicable el “*usatge omnes causae*”, ni las Decretales, ni el Digesto, “porque conformes las partes en que la obligación es, trátase de depósito o préstamo, esencialmente mercantil, hay que atemperarse para resolver sobre la prescripción, no a la legislación especial que para otros efectos distintos perfectamente definidos rige en Cataluña, sino a los preceptos del Código de comercio, y en su caso, del Derecho común, únicos Cuerpos legales reguladores de la vida comercial de los contratos ordinarios”, (S.T.S., 18 marzo 1911).

Más detalladamente se razona la cuestión en la Sentencia de 22 de abril de 1915, para decidir en el mismo sentido:

“Considerando que si bien con arreglo a lo prevenido en el *usatge omnes causae*, vigente en Cataluña, por el precepto del artículo 12 del Código civil, el término de prescripción de toda clase de acciones que por disposiciones especiales de igual Derecho o del romano supletorio, no tienen marcado otro distinto, es el de treinta años, y que según reiterada doctrina de esta Sala, cualquiera que sea la clase de acción deducida en juicio, de la sentencia recaída en el mismo nace una nueva y distinta de carácter personal, para resolver con acierto si el plazo de prescripción de ésta es el señalado en dicho *usatge* o en el referido Código, es necesario tener presente la materia propia de la cuestión jurídica planteada y debatida en el juicio y la naturaleza, carácter adjetivo o procesal del título originario de la mencionada obligación”.

“Considerando que admitido como hecho cierto que la cuestión de que dimana el actual recurso, versa sobre el incumplimiento de obligaciones de carácter mercantil, la acción nacida de la Sentencia que le puso término, tiene necesariamente que participar de la misma

(35) En esta S.T.S. del 28 abril 1899, aunque el acto discutido se celebra en Cataluña y entre catalanes, se advierte que en los motivos alegados para la casación se hace repetida referencia a Las Partidas; lo que puede explicarse porque el recurrente —dado que algunos de los hechos fueron anteriores a la vigencia del Código— entendía ser Las Partidas Derecho común, aplicable en general en Cataluña o más concretamente a la materia mercantil.

naturaleza jurídica que aquellas obligaciones, y por consiguiente, no habiendo fijado el Código de comercio el término de su prescripción, éste no puede ser otro que el señalado en el Derecho común, o sea, el de quince años, establecido en el artículo 1.964 del Código civil, porque conforme a la doctrina sentada en repetidas Sentencias de este Tribunal Supremo, el Derecho supletorio por el cual han de resolverse los actos mercantiles en todas las regiones del reino, es el contenido en los preceptos del mencionado cuerpo legal" (36).

La Sentencia del mismo Alto Tribunal, de 23 de noviembre de 1917, no aplica las reglas del Derecho especial de Cataluña, considerando que, para el caso de autos "es texto aplicable, el del artículo 943 del Código de comercio, por el cual las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio, se regirán por las disposiciones del Derecho común; y preceptuado por el artículo 1.973 del Código civil que la prescripción de las acciones se interrumpe por reclamación extrajudicial, no existe infracción alguna de la Sentencia cuando entiende que al presentar el actor la factura, interrumpió la acción" (37).

Doctrina del Tribunal Supremo que ha sido resumida por la Dirección general de los Registros, diciendo: "La capacidad en los contratos mercantiles se rige por el Código de comercio y, en su defecto, por el Código civil, Derecho supletorio único" (38).

(36) En el tercer considerando se advierte que la misma solución sería aplicable si el asunto fuera civil, pues al tratarse de una sentencia firme, regulada por la Ley de enjuiciamiento civil, obligatoria en todo el territorio nacional, y no habiendo fijado dicha Ley plazo para la prescripción, "es indudable que dicho plazo no puede ser el señalado en una disposición especial, aplicable tan sólo a una región determinada, sino el general establecido por la legislación común".

(37) Ha de tenerse en cuenta que, según una autorizada doctrina (S.T.S. 15 diciembre 1922), la reclamación extrajudicial del deudor no interrumpe el curso de la prescripción, según el derecho especial de Cataluña, antes de publicarse la Compilación.

(38) Resolución de 20 de junio 1952, 4.º considerando. Esta Resolución tiene, en su complicada redacción, un especial interés. Se había presentado, en la oficina del Registro del Norte de Barcelona, una escritura por la que la mujer con licencia de su marido (vecinos ambos de Barcelona) constituía hipoteca sobre fincas propias, en garantía al Banco de España de obligaciones del marido, dimanantes de letras aceptadas por este último. Se deniega la inscripción por contener afianzamiento de catalana en favor del marido, prohibido por "Authentica si qua mulier". El Banco recurre y alega, entre otras razones, que en materia mercantil rige en toda España el Código de comercio, siendo derecho supletorio de éste únicamente el Código civil, incluso en las regiones forales. El presidente de la Audiencia revocó la nota calificadora. El registrador se alza de la decisión presidencial alegando la existencia de dos contratos y consiguientemente de dos capacidades, una regida por la legislación mercantil (letra de cambio) y otra por la civil (hipoteca); añadiendo que, por intensa que fuera la fuerza de atracción de las normas mercantiles, no pueden llegar hasta anular las reglas especiales que regulan la capacidad para gravar inmuebles. La Dirección general considera: 1.º, el carácter del Código civil como Derecho supletorio único del Código de comercio; 2.º, que las leyes catalanas, interpretadas conforme al criterio del Proyecto de Apéndice de 1930, disponen que la mujer casada catalana no puede hipotecar sus bienes para asegurar obliga-

La doctrina de los autores.—Publicado el Código civil, no cambiará en esta materia la doctrina de los mercantilistas. Siguiendo las enseñanzas de Durán y Bas, bastará colocar el Código civil en el puesto del “Derecho civil llamado de Castilla”, como Derecho común, supletorio del Código de comercio (39). La doctrina común de los autores, como la jurisprudencia, seguirán la misma dirección. Lo que parecía obligado, pues a ella llevaban de consuno la letra de las disposiciones legales, la práctica continuada de los Tribunales, la conveniencia del tráfico mercantil y la doctrina del Tribunal Supremo. De modo que, fundadamente, se ha podido afirmar que: “una doctrina dominante y una jurisprudencia unánime vienen entendiendo, desde hace más de un siglo, que el Derecho común a que se refiere tanto este artículo 2.º como el 50 del Código vigente, es el Derecho común en sentido estricto, con exclusión de los Derechos regionales” (40), (41).

Tan importante en este sentido, o más que la doctrina mercanti-

ciones ajenas; 3.º, que, de una parte será aplicable al caso la legislación mercantil (Código civil supletorio) y de otra la civil (la foral catalana) e hipotecaria, aunque ello conduzca a la consecuencia anómala de la nulidad de un derecho real de garantía, de una obligación mercantil válida. En virtud de cuyas consideraciones acuerda la revocación del Auto apelado.

(39) Proceder del que se da ejemplo en *Instituciones de Derecho mercantil de España*, por don Ramón MARTÍ DE EIXALA y don Manuel DURÁN Y BAS. *Adaptación de la obra al vigente Código de comercio*, por don Raimundo DURÁN Y VENTOSA, 9.ª ed. 1911. Después de explicar que el Derecho mercantil es una parte del Derecho privado, se escriben las siguientes frases: “y así viene declarado en el art. 50 del Código mercantil cuando dice que los contratos mercantiles se regirán en todo lo que no se halle previsto en dicho Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común. Pero no tenemos en España una legislación uniforme, y por el contrario las provincias de legislación foral son casi tantas como las en que rige en todas sus partes sin excepción el Código civil español. Puede, pues, levantarse la duda acerca del cuál sea la legislación civil que deba considerarse común, si la del Código o la especial de cada provincia; pero creemos que no puede ser sino la primera, ya porque con el Código de comercio se quiso uniformar nuestra legislación mercantil, lo que no se habría conseguido admitiendo la fuerza local de las legislaciones forales en los asuntos de comercio, ya porque en el lenguaje de los legisladores españoles se contraponen la legislación del Código civil, apellidándole común, a las legislaciones forales”, núm. 90, pág. 99.

(40) RUBIO, *Introducción*, pág. 400; con referencia (con documentadas citas, que allí pueden consultarse, pág. 400, nota 45), respecto de estos autores: Blanco Constans; Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana; Langle; Marín Lázaro; González Ordóñez. La reserva implícita hecha al decir “doctrina dominante”, puede explicarse por la opinión aislada contraria de Vicente y Gella (de la que después se tratará, nota 54); comp. RUBIO, loc. cit., pág. 401.

(41) Lo incuestionado de esta doctrina, se confirma por la actitud de autores de la mayor autoridad, que han creído innecesario tratar de la cuestión; comp. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I, 1., ed. 1947, págs. 171-174; URÍA, *Derecho mercantil*, ed. 1958, págs. 11-12; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 1967, págs. 24-25.

lista, es la opinión del especialista en Derecho foral (42). La expresa Borrell y Soler, en su ejemplar forma lacónica y contundente, diciendo respecto de las reglas romanas vigentes en Cataluña antes de la Compilación (Senadoconsulto Velezano y "Authentica si qua mulier"), que: "El Código civil no contiene prohibiciones semejantes; por lo cual, a virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del mismo, no son aplicables a los asuntos mercantiles, aunque se trate de asuntos de Cataluña" (43). En el mismo sentido señala que el *usatge* "Omnes causae", vigente en Cataluña antes de la Compilación, "no es aplicable en cuestiones comerciales, por aplicarse en ellas el Código civil, como supletorio, en virtud de su artículo 16" (44).

En la referencia hecha a lo dicho por Borrell, se habrá notado cómo se apoya constantemente el artículo 16 del Código civil (45); en

(42) Me atravo a decir esto, porque en el debate antes aludido, celebrado en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, la cuestión que nos ocupa, a mi parecer de estricto carácter técnico, se vio enturbiada con la apasionante y apasionada de la estimación y alcance de los Derechos forales, en su relación con el Derecho recogido en el Código civil.

(43) *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.^a ed., 1944, tomo 3.^o, *Obligaciones*, núm. 328, pág. 461, nota 1. Afirmación que autoriza con citas de S.T.S., 29 diciembre 1898, R. 31 mayo 1895 y la de los autores Coll y Rodés, Pella, Vives y Sánchez Román; también Sent. Aud. Barcelona, Sala 1.^a, relat. García Rubio, 29 marzo 1919 (II, 70 y sig.). Ha de advertirse que la R. 31 mayo 1895, no plantea más cuestión que la del Derecho vigente en territorio de Derecho común.

También MASSIOT MAGUET, *Comentarios a la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, 1962, pág. 366.

(44) Loc. cit., I, *Preliminares*, núm. 82, pág. 299, nota 7.^a; cita S.T.S. 8 julio 1892, 12 octubre 1907 y 22 abril 1915. Debe señalarse que S.T.S. 12 octubre 1907 no se ocupa directamente de la cuestión.

Sobre la indiscutida autoridad de Borrell y Soler, nos ilustra lo que se nos cuenta sobre la manera de redactarse el Proyecto de Compilación catalana: "El método de trabajo partió no sólo del Derecho histórico y de la parte vigente del supletorio, sino también de la insustituible obra de Borrell y Soler, siempre abierta sobre la mesa de trabajo", CONDOMINES (Francisco A. de), FAUS (Ramón), *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, 1960, pág. 11.

(45) BORRELL se refiere al art. 16, también al tratar de la función del Código civil como Derecho supletorio, loc. cit., I, pág. 33 y nota 9. De las sentencias que allí recoge, la de 13 julio 1910, carece de aplicación directa al caso. Añade algo que pudiera originar confusión y que, por ello, conviene contrastar. Dice: "En cambio, aplican al D.r. en asuntos mercantiles las sentencias de 11 octubre y 22 diciembre 1894, 3 y 15 abril 1905, citadas por Franquesa." Es cierto lo de la cita de las sentencias por FRANQUEZA, que la hace en *La Jurisprudencia y el Derecho civil de Cataluña*, 1911, pág. 15; pero contrastadas, resulta que ninguna de tales sentencias aplica el Derecho romano en materia mercantil. La S. T. S. 11 octubre 1894, se limita a señalar la concordancia de las disposiciones del Derecho romano y de Las Partidas con las del Código civil; pues el juicio se había incoado antes de entrar en vigor el Código civil. En la de 22 diciembre del mismo año; en los Motivos de casación se había alegado el Derecho romano, pero el Tribunal Supremo atiende para la casación a lo expresamente pactado en una cláusula de la póliza de seguros y en sus considerandos no menciona siquiera las disposiciones romanas. De la sentencia de 3 abril 1905 resulta que se hubo de alegar, y que a ello se atiende a efectos de casación, las normas civiles sobre el mandato civil (no las del mandato mercantil), artículos 1.714 y 1.719 del C. c. y D. 1,17,1, par. 3.^o.

contraste ello con la doctrina del Tribunal Supremo sobre la misma materia, que para nada menciona tal precepto. Importa destacar lo diferente de uno y otro enfoque. La actitud de Borrell muestra bien la general aceptación del carácter de Derecho común y de su fuerza expansiva, en base del artículo 16. Pues lo cierto es que el artículo 16 impone la aplicación de las disposiciones del Código civil como supletorias, en el ámbito que para sí se haya o se le haya reservado a la Ley especial, y nunca fuera del mismo. La inclusión en el círculo de la materia propia de la ley mercantil, por ejemplo, de la capacidad para contratar, modificación, interpretación, extinción de las obligaciones mercantiles &, es la que hace posible la aplicación complementaria del Código; es decir, en el fondo, ha sido la remisión expresa del Código de comercio al Derecho común, en su articulado, la que determina la aplicación del Código civil como supletorio en materia mercantil, con preferencia a lo dispuesto en las legislaciones forales (46).

III. LAS MOTIVACIONES DE POLITICA JURIDICA

La discusión habida en torno a la Sentencia de 28 de junio de 1968, ha demostrado que el estudio del significado del Derecho común en la legislación mercantil, se desviaba fácilmente al campo de la cuestión foral, de siempre rodeada de un apasionado clima emocional. Convendría, por ello, si esto fuera factible, centrarlo en el terreno técnico y objetivo, teniendo principalmente en cuenta cuáles sean los intereses considerados por los Códigos mercantiles.

A tal fin, será provechoso tener presente cuál fuera el propósito del legislador. Ha de recordarse que se partió de la convicción general entonces y también de ahora en el mundo de los negocios (47):

Por último, la de 15 abril 1905, se refiere a un caso de incumplimiento de un contrato de construcción y entrega de unos artefactos, y la alegación hecha del Derecho romano (que tampoco es tenido en cuenta por el Tribunal) se hace respecto al plazo en que se ha de entregar cada objeto.

(46) El artículo 16 no entrará en función cuando se trate de cuestión extraña a la materia propia de la ley especial; ya sea determinado el ámbito de dicha materia de modo expreso (caso del Código mercantil) o, fácilmente, conforme a la naturaleza de la materia (p. ej., procesal, caso de S. 22 abril 1915). En lo extraño a la materia especial se aplicará la disposición que corresponda a la cuestión de que se trate, sea aquélla o no del Código; pudiéndose, en su caso, aplicar la de un Derecho especial. Así se ha resuelto en el Reg. L. A. R., sobre la capacidad de contratar (art. 3.º, 1 par. 1 y 3 par. 2) y explica la referencia a la legislación foral hecha en el artículo 2.º, 1, L. A. U.

(47) Antes de S. T. S. 28 junio 1968 se afirma: "El tráfico mercantil requiere por su naturaleza un Derecho uniforme para toda la Nación. Precisamente entre los rasgos característicos del Derecho mercantil cuenta el de su tendencia a la universalidad. ¡Un Derecho especial para el mercado capitalista debe atender antes que a otros fines, a las exigencias del sector de realidad que regula, las cuales son análogas en toda España!" "En la actualidad, los mercados de grandes espacios rebasan las fronteras nacionales, y de ello deriva un ideal político legislativo de inteligencia entre diversos Estados para unificar en lo posible muchas instituciones jurídico-mercantiles.

la de la necesidad de que las reglas jurídicas rectoras del tráfico comercial sean claras y uniformes, para con ello hacer posible la previsibilidad en las relaciones mercantiles; objetivo tan importante, que a él se podría sacrificar cualquiera otra consideración. De hecho, el liberalismo político marchará en la misma dirección que los intereses comerciales. Los dirigentes de los partidos liberal y conservador no discrepan aquí prácticamente en nada, y menos aquellos que representan las regiones de mayor tradición comercial. No debe olvidarse que estamos, al publicarse el Código de 1885, en pleno auge del liberalismo económico; y que ya empezaba a considerarse dogmática la afirmación de que el progreso se caracteriza por el creciente avance de la contratación libre, a costa del "status", es decir, de las medidas protectoras o privilegios de la mujer, de los ignorantes, de la misma autoridad en la familia.

Bastará una ojeada a sus antecedentes y soluciones para convencerse de que el señalado, será el espíritu que anima la codificación mercantil.

El Código de 1829, puede recordarse también, es sancionado con el objetivo expreso de que el comercio tenga leyes generales y que sirvan para acabar con la grande confusión e incertidumbre existentes. A la vez, procura fortalecer la firmeza de los contratos tanto que, a tal fin, no se dudará en declarar que las ventas mercantiles no se rescinden por lesión enorme ni enormísima (art. 378); sin importar que con ello se derogaban de un golpe, la serie impresionante de disposiciones que sancionaban la rescisión por causa de lesión, unas del Derecho romano y otras del Derecho de Castilla (48). Es decir, de las propias del Derecho común y también además de las de los Derechos forales (49). Y sin atender tampoco a las sólidas consideraciones morales en que unas y otras se amparaban. (50).

¡Sería el mayor de los anacronismos llevar la diversidad legislativa, dentro de las fronteras españolas, al régimen jurídico de los actos de comercio!”, GARCÍA ORDÓÑEZ, *Fundamentos de Derecho mercantil*, 1956, I, págs. 48-49. Después de S. T. S. 28 junio 1968, RUBIO, *Introducción*, cit., pág. 404, nos advierte: “De otra parte, el mantenimiento de especialidades en el ordenamiento de la economía mercantil, hoy y siempre, no sólo ampliamente nacional, sino internacional, parece mucho menos justificado que en la zona de la agraria o artesana. Sobre todo cuando tales especialidades han dejado de tener vigencia durante varias generaciones.”

(48) Pueden verse en GUTIÉRREZ (Benito), *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. IV, Tratado de las obligaciones*, 1869, páginas 342 y sig.

(49) Aunque con la notable excepción del Derecho aragonés, en el que por la fuerza de la doctrina de los autores regnicolas, basada en las reglas de su Derecho, desconocedoras de la "restitutio in integrum", se desconoce la rescisión por lesión ("tantum valet res, quantum vendi potest"), MOLINO, *Repertorium*, voz "Deceptio", ed. 1585, fol. 89, a.

(50) Todavía GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN enseñaban ser "toda lesión una injusticia difícil de conciliar con los principios de equidad y de economía, que hacen depender el interés público de la justa proporción de las cosas y sus valores", *Elementos de Derecho civil y penal*, ed. 1851, II, página 203.

La reforma del Código de comercio estará presidida, en todos sus momentos, por el ansia de estar al día en la legislación, de ponerse en línea con el resto de Europa, y, para esto acomodarse al criterio dominante del liberalismo económico. El cambio de régimen del año 1868 será decisivo en tal sentido; y las conveniencias del capitalismo incipiente de la época, se potencian, formulándose como dogmas políticos y científicos.

El Decreto de 20 de septiembre de 1869, dando las bases para un nuevo Código de comercio, en su "Exposición" proclama que la tarea de la Revolución ha de ser: "ir transformando la organización social del país, al propio tiempo que, rompiendo ligaduras, superando obstáculos, volando barreras por la ignorancia de pasados tiempos levantadas y por bastardos intereses sostenidas, deja libre su cauce natural a las leyes sociales y abre ancho campo a la actividad del individuo, que es el gran explotador y el único explotador inteligente de aquellas leyes".

El progreso se confía a "la mano invisible" del libre hacer y contratar de las partes. Esa "libertad completa a la contracción" exigía, se piensa, acabar con toda prohibición, limitación o privilegio, "en una palabra, todo cuanto nutre el Derecho". De ahí que se estableciera como Base 2.^a la fuerza vinculante de las cláusulas de los contratos, proclamando "que tienen fuerza de obligar las que fijen y adopten libremente las partes contratantes, sin más excepciones que las "que deben aplicarse siempre que medie el interés de un tercero o de los menores".

Después, los participantes directos en la elaboración del Código de 1885, los liberales puros y los menos liberales (liberales conservadores), coinciden en la misma ideología, y procuran favorecer al máximo la libertad y seguridad de la contratación mercantil. Piensan, sin duda, que así lo exigía el progreso: "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" (51). Esta concepción hace que se acentúen las características liberales del nuevo texto del Código. Así, por ejemplo, y en lo que aquí especialmente interesa, se mantiene la derogación de la rescisión por lesión (art. 344); se amplían las remisiones al Derecho común, como antes se ha señalado; y se llega hasta la eliminación, respecto a los comerciantes, de reglas fundamentales civiles, restrictivas de la capacidad para ejercer el comercio y obligarse (arts. 4-14).

En el momento actual, y no obstante los cambios experimentados en las estructuras y en las ideas políticas, sociales y jurídicas, coincidiendo en ello neo-capitalismo y socialismo, se mantiene y hasta se acrecienta la convicción de que debe favorecerse la seguridad del tráfico mercantil, en todo lo posible. Para conseguirla no se duda

(51) E. de M. de 1882, I. Orientación general del Proyecto. Actos de comercio, par. 5.

en sacrificar respetables normas protectoras de los incapaces (52) y hasta los prejuicios nacionalistas, abandonando las peculiaridades de los ordenamientos propios de un territorio o de una nación (53).

Disgresión sobre un supuesto particular.—La “opinio communis” de los mercantilistas entiende, que las menciones del Derecho común contenidas en el Código de comercio se refieren todas a un mismo ordenamiento. De ella se ha discrepado, sosteniéndose valientemente que el Derecho común a que se refiere el artículo 2.º del Código es el Código civil, “porque aquí está llamado como Derecho supletorio”, mientras que en el artículo 50 “tiene que ser el Derecho foral cuando se trate de actos celebrados en provincias de esta legislación o de capacidad de un contratante sujeto a la misma” (54).

No parece necesario examinar aquí la tesis de la dualidad de sentidos del Derecho común en el Código de comercio. No sería razonable suponer que el legislador haya incurrido en semejante descuido técnico. Los mercantilistas, seguramente por ello, han dejado aislada dicha opinión; que ha sido criticada por quienes la consideran, atendiendo a ponderadas razones históricas, sistemáticas y finalistas (55).

Lo que importa considerar aquí, es el caso que parece originar la señalada opinión disidente, y en la que únicamente ella se apoya; pues si bien no ha logrado quebrantar el criterio general de la doc-

(52) La regla general, según la que la capacidad de obrar está determinada por el estatuto personal (se siga el sistema de nacionalidad o del domicilio), se viene a romper, abandonando las medidas protectoras de menores o incapacitados, en virtud de la doctrina del “interés nacional” o de la protección de la seguridad del comercio. A la que, si bien se le han encontrado más antiguos antecedentes (art. 35, Introducción, A. Pr. L. R. de 1794), en verdad se abre paso favorecida por el liberalismo económico, con el caso Lizardi (Cass.—req. francesa, 16 enero 1861; antes, en EE. UU., *Saul y His creditors*, 1827) y se impone en leyes, jurisprudencia y doctrina de los autores. Así, por ejemplo, artículo 2.º, Ley uniforme sobre letras de cambio y pagaré a la orden (Ginebra, 7 junio 1930); artículo 7, III, 1, Ley de Introducción al Código civil alemán; artículo 7, b), Ley suiza de 25 junio 1891 (NAG); artículo 17, Código civil italiano de 1942; artículo 9 del Código civil de Grecia de 1946; artículo 18 del Código civil portugués de 1966. Sobre la especialidad jurídica, en general, del “contrato mercantil ordinario”, CHESHIRE, *Private International Law*, 1946, págs. 215-218.

(53) Lo que puede observarse en el movimiento de fuerza creciente hacia la unificación jurídica, en especial sobre materia mercantil. El Instituto para la Unificación del Derecho privado, de Roma, de carácter internacional, fue creado con tal finalidad; su *Annuaire* informa sobre la importante labor unificadora que se está realizando. El Tratado de la Comunidad Europea (Mercado Común) establece al principio de lo conveniente de la uniformidad (aproximación) de las leyes de los países miembros (art. 3.º, h.). Las Naciones Unidas, por iniciativa de la delegación de Hungría, han creado una Comisión especial para la unificación del Derecho mercantil (UNCITRAL = United Nations Commission on International Trade Law).

(54) VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, ed. 1944, I, núm. 20, pág. 83; ed. 1963, I, núm. 20, pág. 66.

(55) LANGLE. *Manual de Derecho civil español*, 1950, I, págs. 224-225; RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, 1969, I, págs. 401-402.

trina, actúa como escrúpulo molesto, para la aceptación del Código civil como Derecho común al que se remite el Código de comercio. Se nos presenta, con las siguientes palabras: "Porque con la interpretación contraria (la del igual significado de "Derecho común") se llegaría a la conclusión antes de la unificación en toda España de la mayoría de edad, de que un aragonés de veinte años tendría capacidad para comprar una casa y no podría celebrar un contrato de seguro de incendios referente a la misma" (56).

La presentación del supuesto así hecha, escueta y sin comentario, impresiona fuertemente. No constituye propiamente una "reductio ad absurdum", pero la conclusión que se dice resultante choca como grave "inelegantia iuris".

No puede, en todo caso, estimarse razón decisiva para la interpretación. La desarmonía entre las soluciones de los casos, por desgracia, es inevitable en la práctica jurídica, en especial cuando hay que aplicar reglas de distinto origen y naturaleza y cuando tampoco se puedan preveer todas sus respectivas consecuencias. De que ello es así, ofrece llamativo ejemplo el resultado a que llega la tan nombrada Sentencia del 28 de junio de 1968.

Doña María Josefa (la esposa) avala letras aceptadas por don Luis (el esposo), en garantía del pago de unas mercancías (electrodomésticos) adquiridas a una compañía para el negocio de don Luis. Doña María Josefa aparece —por otra parte— como compradora de otras mercancías (también electrodomésticos), a cuyo pago queda obligada a otra compañía; mercancías destinadas al negocio de don Luis. El Tribunal Supremo, ateniéndose a la aplicación de las disposiciones correspondientes, considera nula la obligación contraída por la mujer avalista y válida la que contrajera en calidad de compradora; ambas, respecto de mercancías para el negocio del marido.

Aunque el supuesto del aragonés de veinte años carezca hoy de interés práctico (57), no estará demás detenerse en su estudio, porque ofrece la posibilidad de examinar la relación existente entre los ordenamientos comercial y civil y la de que, con ello, debidamente valorada, pueda llegarse a resultados más satisfactorios, que el que antes se nos ha propuesto.

Ha de partirse, parece, del distinto ámbito y significado de los ordenamientos mercantil y civil. La legislación mercantil requiere notas y atribuye especiales efectos a los actos y contratos comerciales; disminuye o aumenta los requisitos necesarios para su validez y también los somete a un régimen jurídico diferente del civil (derechos y obli-

(56) VICENTE Y GELLA, loc. cit. en nota 54.

(57) Todavía queda la posibilidad de algún caso semejante. La ley de 13 de diciembre de 1943, fija la capacidad civil en los 21 años cumplidos, para todos los españoles; mas contiene una excepción, al declarar subsistente lo dispuesto en el art. 10, número 2.º del Apéndice foral de Aragón (ahora sustituido por el art. 4.º de la Compilación aragonesa); con lo que podría presentarse el caso de aragonés casado menor de 21 años y que pretendiese tomar un préstamo mercantil (art. 311, 2.º C. de c. y arts. 314, 1.º y 317 C. c.).

gaciones, plazos, caducidad, prescripción). Cuando un acto o contrato sobre asunto comercial, deja de reunir los peculiares requisitos exigidos por el Código de comercio para su plena eficacia (incluidos los del Derecho común, si es que a éste se remite), ciertamente carecerá de la vigencia o eficacia mercantil. Esa falta de requisitos no parece pueda acarrear, irremisiblemente, su nulidad; a no ser que un precepto mercantil lo considere expresamente, como prohibido o contradictorio a su mandato (art. 4.º C. c.).

¿Por qué tales actos o contratos no serían considerados válidos si reúnen los requisitos exigidos por el Derecho civil, del común o del foral aplicable? ¿Por qué no se les ha de reconocer la eficacia que la norma civil correspondiente les atribuye?

La respuesta afirmativa a las anteriores preguntas no sería una novedad en el Derecho. Se nos ofrece como una aplicación del principio de la conservación del negocio (58), mediante la conversión de un negocio mercantil inválido en un negocio civil válido (59). Esta posibilidad la ha utilizado la misma legislación mercantil y nos la ofrece repetidamente la práctica judicial. Bastará la cita de algunos ejemplos para apoyar lo dicho.

La letra de cambio defectuosa es reputada pagaré en favor del tomador y a cargo del librador (art. 450 C. de c.), y los vales o pagares no expedidos a la orden se considerarán simples promesas de pago (art. 532 par. 2, C. de c.); es decir, válidos civilmente. El endoso de la letra de cambio ha de contener como dato necesario la fecha de su confección (art. 462, 4.º, C. de c.); si ella se omite, el endoso no es nulo, sino que se entenderá como simple comisión de cobranza (art. 463 C. de c.); y, a su vez, dicha comisión se reputará mercantil sólo cuando el mandato tenga por objeto una operación de comercio y sea comerciante o agente mediador de comercio el comitente o el comisionista (art. 244); en otro caso, podrá haber un mandato válido civil. Se dispone que "no podrán endosarse las letras no expedidas a la orden ni las vencidas y perjudicadas", si, no obstante, se hubiera hecho el endoso, se verá reducida su eficacia a la de una simple cesión (art. 466 C. de c.), con la correspondiente eficacia civil.

La práctica, por su parte, nos ofrece el caso de las sociedades irregulares o de hecho, tan repetido socialmente y tan importante. El Código de comercio, atendiendo al interés general respecto al nacimiento y existencia de las sociedades de objeto o finalidad mercantil (art. 123 C. de c.) y a su consideración como personas jurídicas (artículo 116 C. de c.), ha impuesto los requisitos de la constitución en escritura pública y de la inscripción en el Registro mercantil (artículo 119 C. de c.); doble y prudente garantía para la seguridad comercial. La ley mercantil, de este modo, establece el régimen normal de las sociedades comerciales y deja sin contestar las preguntas: ¿qué:

(58) S.T.S. 30 octubre 1944; también S.T.S. 23 marzo 1965.

(59) Sobre la figura de la conversión de los negocios, lo dicho en *El negocio jurídico*, 1967, § 542 y sigs., pág. 486 y sigs.

eficacia tendrían los pactos sociales, carentes de tales requisitos? ¿serán nulos y desnudos de toda eficacia? Esta última pregunta no parece pueda ser contestada afirmativamente, pues ello sería contrario a los intereses de los socios, a los de los terceros y al mismo espíritu del Código, tal y como se nos explica en su Exposición de Motivos.

Para atender a la letra de la Ley y al respeto debido a la autonomía de la voluntad, se ha pensado en la posibilidad de utilizar a tal efecto el artículo 117 Código de comercio; que dice así: "El contrato de Compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebran, *cualesquiera que sea la forma*, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en ese Código." Para lo cual se entiende que la frase "cualesquiera que sea la forma", permite considerar contrato válido de Compañía mercantil el celebrado sin escritura pública y no inscrito en el Registro mercantil. Mas, aún con dicha laxa interpretación (60), la sociedad irregular no gozaría de los efectos propios de la sociedad mercantil, ni siquiera el fundamental de la condición de comerciante (art. 1, núm. 2.º C. de c., en relación con arts. 17 y 119).

Otra dirección doctrinal tiene en cuenta que: 1.º El artículo 119 exige que la Compañía "*antes de dar principio a sus operaciones*" haya cumplido con los requisitos formales establecidos; conforme a lo que actuaría contra ley (art. 4.º C. c.), la sociedad que comenzare a funcionar sin estar inscrita en el Registro mercantil. 2.º El artículo 116 dispone que el contrato de Compañía "*será mercantil* cualquiera que fuese su clase, *siempre* que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de *este Código*" (61). Con la consecuencia de que tales sociedades con finalidad comercial o industrial no serían mercantiles, sino que se considerarán civiles o "puramente civiles"; válidas, por tanto, si reúnen los requisitos exigidos por el Código civil (62).

Como habrá podido observarse, una y otra dirección teórica coinciden — y es lo único que aquí interesa — en salvar de la nulidad esos pactos sociales sobre asuntos mercantiles, lo que se hace dándoles trato de sociedades mercantiles no regulares ("extra legem" y no

(60) La frase "cualesquiera que sea la forma" del art. 117 es dudoso pueda interpretarse en el sentido de "aunque no tenga la forma legal establecida en el art. 119"; más bien, parece estar referida a las formas o clases, en el sentido de las clases o especies de contratos de Compañía de que tratan los arts. 116 y 122; es decir, respecto a la admisión del "numerus apertus" de tipos de sociedad. Dice el art. 122: "*Por regla general* las Compañías se constituirán adoptando algunas de las siguientes *formas...*". La frase "celebrado con los requisitos esenciales del Derecho", es ambigua, pues cabe referirla a los establecidos en el art. 119, Código de comercio o bien a los del Derecho común.

(61) Se adoptaría entonces el criterio de la tipificación formalista; el mismo que ha seguido el Código civil (art. 1.669) y la Ley sobre las Sociedades Anónimas (art. 3.º). Del que se habían exceptuado parcialmente (excepto sobre los requisitos exigidos por el art. 119 C. de c.) las sociedades comerciales atípicas (art. 123, ult. par., C. de c.).

(62) S.T.S. 25 mayo 1912, 25 mayo 1917, 5 julio 1940.

“contra legem”) o bien de sociedades civiles; y ello, siempre a pesar de no reunir los requisitos exigidos para las sociedades mercantiles ni de poder gozar de la eficacia propia de tales sociedades (63).

Teniendo en cuenta el repertorio de casos citados —seguramente ampliable— no parecerá ya inadmisibile entender que los negocios o actos sobre asuntos mercantiles no son nulos por el mero hecho de no acomodarse a lo dispuesto en las normas comerciales y que, por el contrario, podrían ser válidos, como actos o negocios civiles, en el caso de reunir los requisitos exigidos por el Código civil. Tal resultado parece bien conforme con el espíritu del Código de comercio, redactado para favorecer al máximo la libertad de la contratación y el respeto a lo convenido, y con el criterio amplio del Código civil sobre autonomía de la voluntad (arts. 1.091 y 1.255).

Volviendo ya al supuesto que ha motivado esta extensa disgresión, cabría afirmar que aquel contrato de seguro de incendios que celebra el aragonés de veintiún años, para su recién comprada casa, aunque no tenga validez mercantil y no produzca entonces todas las consecuencias propias del seguro mercantil (arts. 380-415 C. de c.), no por ello será nulo; pues podría ser considerado contrato de seguro irregular o contrato de seguro civil (arts. 1.790-1.797 C. c.), ya que se presupone que el aragonés es capaz conforme a la legislación civil; con el resultado de que entonces serían obligatorios para los contratantes las cláusulas pactadas en dicho contrato de seguro.

IV. LA PUBLICACION DE LA COMPILACION DE DERECHO ESPECIAL DE CATALUÑA

En el recorrido cronológico que se ha venido haciendo queda por examinar el posible impacto que haya podido originar la publicación de las Compilaciones, sobre el significado del Derecho común en el Código de comercio.

La finalidad de las Compilaciones, como la atribuida a los Apéndices, es muy limitada, según el legislador; en cuanto reducida a recoger las reglas jurídicas que aun conservasen un valor real en los territorios y provincias en los que subsistía Derecho foral. En realidad, su importancia y su alcance ha cambiado respecto del antiguo Derecho foral. No sólo por su nueva denominación (64), sino por el abandono que suponen de aquellas notas que fueran peculiares del viejo “ius municipale” y su reemplazo por las leyes modernas, con los caracteres de un más moderno Derecho especial normal.

En términos generales, la publicación de las Compilaciones no

(63) Ultimamente, sobre sociedades irregulares, S.T.S. 22 septiembre 1965, 11 noviembre 1966 (2.ª S.), 11 febrero 1967, 4 octubre 1968, 14 diciembre 1968, 7 febrero 1969, 15 abril 1969, 9 junio 1969 y 21 noviembre 1969.

(64) El calificativo “foral” ha desaparecido de todas las Compilaciones, excepto de la de Vizcaya y Alava. La palabra “Apéndice” se rechaza, por dar “una idea errónea de accesoriidad y juxtaposición”, CONDOMINES, FAUS, loc. cit., pág. 8.

tiene por qué haber afectado la regulación de los asuntos mercantiles. No hay indicio alguno de que, con ellas, se haya pensado tocar el ámbito propio del Código de comercio, ni al del Derecho común al que dicho Código remite expresamente. La misma caracterización de las Compilaciones como de Derecho especial o foral, marca y recalca, por contraposición, el significado de Derecho común atribuido al Código civil (65).

Mas no puede descartarse del todo aquella posibilidad. Las Compilaciones son leyes más recientes que el Código de comercio, del mismo rango legislativo que éste, al que pueden derogar, por tanto, si contienen alguna disposición que le contradiga, y ello en virtud del principio "lex posterior derogat anterior". Normalmente no se presentará este supuesto, ya que las Compilaciones no se ocupan del tráfico mercantil y apenas de cuestiones del Derecho general de obligaciones. Sin embargo, puede ocurrir indirectamente en los casos, por ejemplo, de disposiciones restrictivas de la capacidad de contratar. Cuando existan tales disposiciones, cabe que la Compilación—excediéndose de su normal cometido— regule la capacidad para realizar actos o contratos mercantiles.

La cuestión se nos presenta con los artículos 321 y 322 de la Compilación de Derecho especial de Cataluña. Dicen así:

Artículo 321.—La mujer no quedará obligada, en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indubido lo que hubiese pagado o cumplido por ello.

No gozarán de este beneficio: las mujeres que afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación proporcionada u obrando con dolo, las que ejercieren el comercio y las que, después del afianzamiento, llegaren a ser deudores principales de la obligación.

Este beneficio será renunciable de modo expreso en todo momento.

Artículo 322.—Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada en favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiera invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión...

El citado artículo 321, después de recoger el privilegio del senado-consulta Velezano, exceptúa de este beneficio a la mujer comer-

(65) La Compilación aragonesa se ha denominado "Compilación del Derecho Civil de Aragón"; pero, en su artículo 1.º se distingue el "régimen especial" establecido en la Compilación, del "Derecho general español" contenido en el Código civil y demás disposiciones que constituyan aquel Derecho. Sobre el significado de las Compilaciones: FUENMAYOR, *La interpretación comparativa del Código y de las Compilaciones forales*, Estudios de Derecho civil en honor de Castán, publicados por la Universidad de Navarra, IV, páginas 391-392.

ciente (66). Con esta excepción, inesperadamente, se afirma la competencia de una regla del Derecho especial de la Compilación en un terreno que hasta ella se consideraba totalmente reservado al Derecho común. Con la consecuencia de un verdadero cercenamiento del ámbito hasta ahora atribuido al Código civil. En efecto, al señalar el artículo 321 el supuesto de las mujeres que ejercieren el comercio, como una de las excepciones taxativamente enumeradas al beneficio del senadoconsulto Veleyano, se establece tácitamente que gozan de tal beneficio todas las mujeres no comprendidas en alguno de los casos de excepción (“inclusio, nnius exclusio alterius”). Con el resultado, que parece inescusable, de que, al ser exceptuada sola la mujer que esté ejerciendo el comercio, habrá de gozar de tal beneficio la mujer no comerciante, que realice un acto de afianzamiento mercantil.

La regulación establecida en el artículo 321 de un supuesto hasta ahora propio de la esfera mercantil, lleva consigo que el artículo 322 haya de considerarse aplicable respecto a la capacidad de la mujer casada comerciante catalana. Pues, aunque el artículo 322 no mencione la mujer comerciante, se encuentra en conexión tan directa y estrecha con el artículo 321 que, dada la amplitud de la frase “toda fianza o intercesión” y la energía de la sanción impuesta (nulidad de pleno derecho), habrá que entenderlo aplicable tanto a la mujer comerciante como a la no comerciante que interceda o afiance en favor de su marido una obligación de carácter mercantil (por ejemplo, avalar una letra de cambio) contraída por aquél.

Ha de confesarse que la conclusión obtenida no es, en sí misma, satisfactoria. Los privilegios concedidos a la mujer por los artículos 321 y 322 fueron ya considerados odiosos por autores del antiguo Derecho; ahora, en la época de la predicada igualdad entre hombre y mujer, resultan arcaicos (67); son incluso poco eficaces, pues la misma ley abre caminos al fraude y resultan, más que protección a la mujer, ocasión de engaño para incautos. No puede, por todo ello, extrañar que hayan sido acogidos con reservas por los mismos especialistas del Derecho catalán (68). Todavía menos satisfactoria será dicha conclusión, cuando para aplicarlos hay que romper la uniformidad buscada y lograda por el Código de comercio, mediante su

(66) Puede haberse recogido del Código de Tortosa, comp. BORRELL Y SOLER, loc. cit. III, pág. 464, N. 19. No hubiera sido necesario mencionarla, si su alcance se limitaba y su obligatoriedad se deducía del art. 50 del Código de comercio, y de la correspondiente aplicación del Código civil.

(67) Los privilegios en favor de la mujer del Senadoconsulto Veleyano y la Authentica “si qua mulier”, fueron expresamente derogados por el artículo 7.º de la Ley sobre la capacidad de la mujer (19 octubre 1934) de la Generalidad de Cataluña.

(68) En *Derecho especial de Cataluña*, debido a CONDOMINES y FAUS (antes citado) se advierte: “Uno de los autores de estas notas ha manifestado su opinión contraria a la subsistencia del Senadoconsulto Veleyano y de la Authentica “si qua mulier” en reciente trabajo en *Revista Jurídica de Cataluña*”, pág. 347.

remisión al Derecho común, uniformidad siempre tan importante para la fluidez de las relaciones comerciales.

Ello, no obstante, parece obligado mantenerla, mientras que no se encuentren razones suficientes para rechazarla. Las normas de las modernas Compilaciones no pueden ser interpretadas restrictivamente a la manera que le fueron los antiguos Derechos excepcionales; ahora, como modernos Derechos especiales, ordenadores de las materias que constituyen su objeto, sus disposiciones habrá que entenderlas y aplicarlas respetuosamente, obteniendo de sus preceptos sus consecuencias lógicas o naturales sin que sea lícito presumir que el legislador se excediera de sus propósitos o procediera con descuido.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JUNIO DE 1968

El estudio que se ha venido haciendo permitirá examinar con mayor fundamento la importante sentencia del 28 de junio de 1968. Para mayor claridad de la exposición, y cambiando el orden hasta aquí seguido, se tratarán separadamente las dos cuestiones principales resueltas por la sentencia, comenzando por la aplicación del artículo 322 de la Compilación catalana y terminando con la del concepto de Derecho común.

La consideración fundamental y determinante del fallo es la de la afirmación de ser aplicable al caso de autos el artículo 322, párrafo primero de la Compilación; la que, como la sentencia explica, "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". Conclusión del sentenciador que, como antes se ha razonado, parece ajustada a la ley, pues dicho precepto es de aplicación no sólo en el ámbito civil foral, sino también en el especial mercantil, es decir, a los actos de comercio realizados por la casada catalana. Resultado al que lleva la peculiar redacción de los artículos 321 y 322 de la citada Compilación.

La sentencia estudiada no ha fundamentado su fallo en dichas razones, sino en un concepto del Derecho común radicalmente distinto, contrario, al hasta ella generalmente aceptado. Decisión que nos permitiremos examinar críticamente, aunque siempre con el debido respeto a la autoridad de nuestro más Alto Tribunal, con la máxima consideración a la competencia científica de los redactores de la sentencia y siempre en términos de defensa de la opinión común hasta ahora aceptada.

Para valorar lo novedoso de la doctrina de la Sentencia, que eleva la *Authentica* "si qua mulier" a la categoría de Derecho común complementario del Código de comercio, convendrá tener muy presente el ya expuesto estado anterior de la doctrina; observándose que aquella sentencia abandona bruscamente una reiterada y uniforme jurisprudencia, mantenida sin discrepancia durante algo más de un siglo, que se separa de la opinión común de los tratadistas de De-

recho mercantil, y que así se procede sin que se apoye en los antecedentes del Código mercantil, ni en su letra, ni en su espíritu.

El considerando (4.º) central de la sentencia comienza diciendo: “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*” (69). Afirmación de la más pura ortodoxia científica y que recoge con exactitud la doctrina tradicional. Inesperadamente, a renglón seguido, sin transición, sin más apoyo dialéctico que la preposición adversativa “pero”, se afirmará lo contrario, que el Código civil no es Derecho común, que la capacidad de los contratantes se rige en Cataluña por el artículo 322 de la Compilación.

En otro considerando (3.º) se nos dice: “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 (S. de 8 de junio 1904, 9 julio 1917, 15 mayo 1918) y desarrollando este precepto, dispone el artículo 1.º 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 (Disp. final 2.ª), de donde resulta que la prelación de fuentes legales en la región catalana atribuye la primacía a su Derecho civil especial contenido en su Compilación, el que es de primordial aplicación en *todas las materias reguladas por la misma*”.

Las palabras transcritas exponen correctamente la prelación de fuentes jurídicas respecto a *materia civil*. Mas concluir, como se hará en favor de la aplicación del artículo 322 a un aval, en letra de cambio, supone —parece— haber desenfocado la cuestión. Para resolverla lo que hay que tener en cuenta es la jerarquía de las normas aplicables en *materia mercantil*. La que está establecida por el artículo 50 del Código de comercio y no por las disposiciones citadas del Código civil y de la Compilación. El artículo 12 del Código civil, ni los de la Compilación se ocupan, ni les compete cambiar la ordenación establecida por el Código de comercio para la regulación de los asuntos mercantiles y, menos aún, han podido transformar taumatúrgicamente la referencia uniformadora del artículo 50, en una remisión a la pluralidad de los diversos Derechos especiales y forales.

La otra consideración fundamento de la sentencia se encuentra en el considerando (4.º) citado antes; en el párrafo que comienza con la mencionada preposición adversativa y dice: “*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 están en el Código civil como en el Derecho regional y *como este es el*

(69) Recuérdese lo advertido en la nota 8.

aplicable en el presente recurso, no cabe duda que ese *Derecho común para los catalanes* está integrado por su *Compilación*".

Este considerando parte de la petición de principio hecha en el anterior, y causa principal de la confusión en la que se ha incurrido, la de que la *Compilación* contiene dentro de "las materias reguladas por la misma" los actos de comercio. Aparte de ello, parece razonarse en círculo vicioso: se aplicará el Derecho de la *Compilación* porque es Derecho común; y es Derecho común para los catalanes el de la *Compilación*. Aunque también es cierto que se apunta una nota, con la que parece pudiera escaparse del tal círculo; es la de caracterizar al Derecho común, como la legislación que contiene los *dichos principios fundamentales*, o sea, los aludidos en el anterior considerando (3.º), "los principios fundamentales de la contratación". Con ello se aumenta todavía la perplejidad. ¿Cuáles serán las disposiciones de la *Compilación* que contienen las reglas generales reguladoras de la capacidad de los contratantes o principios fundamentales de la contratación? Resultará, ya de entrada, bien extraño calificar al artículo 322 de principio fundamental de la contratación, cuando éste, como la *Authentica* "si qua mulier" lo fuera de siempre, se estima regla anómala y odiosa, precisamente como una excepción respecto a los principios generales de la contratación. Después, si buscamos dónde están esas "reglas generales", esos "principios fundamentales de la contratación" en Cataluña, el argumento utilizado por la sentencia nos lleva precisamente a conclusión contraria a la suya; a la que aquí se considera exacta; pues los principios fundamentales de la contratación vigentes en Cataluña, al no estar previstos en la *Compilación*, habrán de ser los que preceptúa el Código civil, y que rigen en Cataluña por mandato de la disposición final 2.ª de la *Compilación*. En fin, parece contrario a la tradición jurídica y a las exigencias del lenguaje (70) hablar de un Derecho común carente de la nota de generalidad, y todavía resulta más extraño el que se distinga en cada Derecho especial o foral un Derecho común (principios fundamentales) del que se separaría otro Derecho especial, con la consecuencia de afirmar la existencia de un Derecho común catalán para Cataluña, otro Derecho común para Vizcaya y Alava, otro para Baleares, & &, de los que se distinguirían sendos Derechos especiales.

La doctrina de la comentada sentencia ha producido desconcierto, principalmente entre los especializados en Derecho mercantil; pues supone para ellos haberse contradicho, desde tan alto lugar, la doctrina enseñada y aplicada desde la publicación del Código de 1829. ¿Cómo se explica tal abandono de la anterior jurisprudencia? No encontrándose quizá otras razones, se ha pensado en un posible cambio de ideología y que el Tribunal Supremo hubiese "estimado preferible

(70) El Tribunal Supremo ha dicho que el Derecho del Código civil es "denominado Derecho común", "por ser de aplicación a la mayoría de los españoles", S. 14 diciembre 1967.

el robustecimiento y la integridad de los Derechos forales a la unificación nacional, ya en gran parte lograda, de nuestro Derecho mobiliario" (71).

¿Se ha producido un movimiento pendular en dirección contraria al que originara la jurisprudencia sobre la sucesión abintestato en los territorios forales? (72).

Preferiría no pensar así. Los Tribunales inmersos en el acontecer social no pueden quedar aislados de las corrientes ideológicas de la época, pero, afortunadamente, siempre han luchado por mantenerse separados de las pasiones y motivaciones políticas.

En todo caso nos encontramos no frente a una jurisprudencia ya firme, sino de una sentencia única hasta ahora. No debe olvidarse que se nos ha dicho y repetido que sólo merece el calificativo de doctrina jurisprudencial, "la que se establece en repetidas e idénticas decisiones de este Tribunal Supremo, que sean aplicables al pleito, no pudiendo estimarse como fuente indirecta del Derecho y por tanto de ineludible cumplimiento, la doctrina consignada en una sola sentencia" (S. T. S. 5 junio 1968).

En segundo lugar, la razón inmediata determinante del fallo es la de la aplicación del artículo 322 de la Compilación catalana, y las consideraciones hechas sobre el concepto de Derecho común no han sido otra cosa que razonamientos justificativos y posiblemente superfluos, como antes se indicara. El mismo Tribunal Supremo enseña que no debe estimarse doctrina a fines de casación, "cuando se trata de una sentencia aislada y, sobre todo, de una afirmación hecha "obiter dictum", por no ser la que constituye la "ratio decidendi" del fallo, como sería imprescindible para servir de cimiento a la construcción de una nueva jurisprudencia, que verdaderamente mereciere esta denominación" (S. T. S. 30 junio 1967).

En fin, no existen indicios inequívocos de que el Tribunal Supremo haya de inclinarse de modo general por una interpretación extensiva de los Derechos forales, a costa del Derecho común; pues, en caso reciente, ha seguido dirección contraria. En el pleito aludido se había planteado como cuestión básica la de la determinación de la vecindad civil (la catalana o la de Derecho común), que correspondería a un extranjero que había adquirido la nacionalidad española por concesión Real y que había inscrito dicha adquisición en el libro de ciudadanía de un Juzgado de Barcelona, ciudad donde había ve-

(71) RUBIO, *Introducción*, pág. 403. En pág. 404, se añade: "La consideración tradicional de nuestro ordenamiento jurídico tendía hacia una decisiva unificación del Derecho privado (que representaba, en definitiva, la "ratio" última de la "interpretatio iuris", hasta ahora mantenida de los artículos 2 y 50 del Código de comercio) parece haber sido sustituida, coincidiendo con la promulgación de las "Compilaciones forales" por una ideología distinta. Al menos a juicio del Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos".

(72) Crítica de esta doctrina jurisprudencial: *Compendio de Derecho civil*, 1968, págs. 71-72; *Derecho civil de España*, I., pág. 279, nota 9; VALLET DE GOYRISOLO, *Glosas al § 3 del artículo 10 del Código civil*, A. D. C. XII, 2 (1959), págs. 575-576, nota 1 (sobre S.T.S. 1 febrero 1958).

nido residiendo. El Tribunal Supremo, casando sentencia de la Audiencia (confirmatoria de la del Juzgado), y en contra del criterio de la plena igualdad de las vecindades civiles que parecía deducirse de la Ley (73), considera que: "Al adquirir un extranjero la ciudadanía española y con ello el estatuto personal de los españoles, ha de entenderse que queda sujeto al Derecho civil, que por ser de aplicación a la mayoría de los españoles íntegramente y a todos en parte (título preliminar, título IV, leyes especiales, Ley hipotecaria, &), es denominado Derecho común, sin perjuicio de que, obtenida la nacionalidad, pueda ampararse en lo dispuesto en el artículo 15 para obtener la condición de aforado" (S. T. S. 14 diciembre 1957).

En resumen, de lo dicho puede concluirse: Primero, que la sentencia de 28 de julio de 1968 no contiene doctrina suficientemente autorizada respecto al concepto de Derecho común en el Código de comercio; no tan autorizada, al menos, para que después de ella sea temerario entender vigente el concepto que del Derecho común se tuviera en el Código de 1829, que mantiene el Código de 1885 y que se acepta y se defiende razonadamente por la posterior doctrina de los Tribunales y de los autores. Segundo, que la dicha sentencia cabe entender autoriza para interpretar el artículo 322 de la Compilación en el sentido de considerarlo aplicable a la intercesión de la mujer catalana en favor de su marido, respecto de actos de comercio de éste; dada la conexión del artículo 322 con el 321 y la referencia que éste último hace a la mujer comerciante (74).

Todavía me permito repetir lo dicho al comienzo de estas notas; su propósito se centra en suscitar la expresión de opiniones más autorizadas. La cuestión es importante y el criterio fundado de los especialistas puede ser decisivo para la práctica judicial (75).

(73) Así lo había entendido en *Derecho civil de España*, II, pág. 473, nota 6.

(74) Como antes se indicara, este trabajo está centrado en el estudio e interpretación de unas disposiciones legales y de la doctrina jurisprudencial sobre las mismas, y no trata de la defensa o crítica de sus criterios de política jurídica. Mas para evitar posibles equívocos, me permito añadir que, a mi juicio, deberían prevalecer, en la jerarquía de valores, los personales (p. ej., protección de las personas) sobre los económicos (p. ej., seguridad del tráfico comercial); por ello, me parece en general, rechazable la teoría del interés nacional, prevalente en la doctrina del Derecho Internacional Privado (aludida en nota 52).

(75) Puede recordarse que incidentalmente se nos ha dicho: "Aunque la jurisprudencia (la citada en el recurso) no pueda estimarse uniforme, no sólo por las singulares circunstancias del caso, sino por tratarse de materia que está muy lejos de haber logrado la unanimidad científica", S.T.S., 2 mayo 1959.

