

LOS MODERNOS ATAQUES AL DERECHO CIVIL DESDE LAS DISCIPLINAS COLINDANTES

Por Mariano Yzquierdo Tolsada *

I. Consideraciones preliminares

Las reflexiones del presente trabajo toman como base la experiencia jurídica española, si bien pueden ser transplantables, *mutatis mutandis*, al Derecho argentino. La defensa del carácter común del Derecho civil frente a quienes, movidos por intereses más prosaicos que técnicos, entienden que en realidad se trata de un Derecho residual, es algo que se puede comprobar con mayor o menor facilidad en los distintos ordenamientos jurídicos latinos. Lo mismo cabe decir del carácter común del Código civil.

Por lo pronto, los juristas y los medios políticos deben ser conscientes de que el magnífico marco jurídico inspirado por la Revolución francesa, resulta, en muchos casos, estrecho para dar cabida a las transformaciones sociales que en Occidente se han operado en la segunda mitad del presente siglo. Como ha indicado SALVADOR CODERCH, “el Código se dio para una sociedad rural y la doctrina trabajaba pensando en sus propietarios y hacendados. El que todo eso ha cambiado se comprueba hoy abriendo la ventana o encendiendo la luz”¹. Pero el *cives*, como destinatario de las normas, ha cambiado relativamente muy poco, y su primacía y libertad deben mantenerse incólumes.

Y como no se consigue esa necesidad de resituar al hombre en el centro del Derecho, de su estudio, de su docencia y de su elaboración científica, es per-

(*) Catedrático de Derecho civil. Universidad de La Laguna (Tenerife, España).

(1) En VARIOS, *La enseñanza del Derecho en España*, págs. 44 y 45.

mitiendo que entes colectivos o superestructuras sociales suplanten a la persona, o lo que es lo mismo, dejando que el Derecho civil deje de ser **Derecho común** para convertirse en **Derecho residual**. Y es que por mucho que las instituciones jurídico-privadas hoy vigentes estén impregnadas de doctrinas propias de la burguesía decimonónica, claramente distintas de las corrientes mayoritarias de nuestra época, no dejan de ser expresivas de una tradición y de una continuidad del pensamiento que es preciso volver a transmitir reelaboradas, pero no deformadas conforme a los intereses de determinadas minorías, auténticos *lobbies* legislativos con nombres y apellidos.

El Código español fue promulgado en 1889 rigiendo la Constitución monárquica de 1876, vivió sin sobresaltos bajo la Constitución republicana de 1932, tampoco sufrió graves alteraciones bajo el Régimen del General Franco y la actual Constitución de 1978. Parafraseando a Virgilio, “*las Constituciones pasan y el Código permanece*”. Aquí, como en Francia, los cambios en el Código civil tan sólo se han acelerado por la inminencia del hecho constitucional: en el fondo se trataba más bien de modificaciones socialmente necesarias que de reformas derivadas del cambio constitucional.

De esas reformas cuya conveniencia ya advertía CASTÁN TOBEÑAS en los años treinta en su obra *Hacia un nuevo Derecho civil* destacan, naturalmente, las del Derecho de familia y del de sucesiones.

1. Así, a pesar de la irrupción de las **parejas no casadas** y su necesario tratamiento jurídico como uniones *informalmente* disolubles y de barata disolución, el Derecho de familia sigue centrado preponderantemente en el matrimonio. Que las cosas han cambiado en España en materia de **igualdad de derechos entre cónyuges** es algo que no precisa demostración. Y por lo que se refiere al **régimen económico del matrimonio**, ha habido, como se preveía, un incremento del juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, al permitirse que la voluntad expresa e incluso la presunta atribuya a una adquisición el carácter de ganancial aunque la misma se hubiese efectuado a costa de dinero privativo, y desplazando con ello las normas sobre subrogación real. Ahí está también el cambio de orientación operado en materia de accesiones sobre los bienes de la sociedad conyugal, según el bien al que afecten, o el régimen de reintegros y reembolsos cuando el caudal privativo se lucra a costa del común o al revés. O las atribuciones preferentes en el momento de realizarse la liquidación. Ya en temas de carácter más “universal”, en todos los ordenamientos se aprecia una progresiva tendencia a la supresión de la autoridad marital en los diferentes ámbitos en los que la encontrábamos.

2. En aquella obra de CASTÁN de 1933 había referencias al porvenir del **Derecho de sucesiones**: “puede asegurarse que, en un porvenir no muy remoto, el cónyuge se habrá antepuesto a los hermanos o, por lo menos, concurrirá con ellos a la sucesión”. Algo remoto (casi medio siglo después de la predicción) iba a resultar ese porvenir, pero lo cierto es que las cosas son en la actualidad como proponía y vislumbraba el citado autor.

No han faltado críticas doctrinales, que, al igual que proponían algunas de las enmiendas presentadas en las Cámaras legislativas, se muestran más favo-

rables a la defensa de la troncalidad para aquellos bienes que el causante hubiera recibido a título gratuito de miembros de su familia, e incluso quienes entienden preferible que el llamamiento del cónyuge con anterioridad a los colaterales debería haberse limitado a los gananciales. Sea como fuere, ha triunfado en la reforma la idea de que el cónyuge ha de desplazar a los colaterales en el orden de suceder abintestato, ya reclamada desde antiguo por los primeros comentaristas del Código civil. Habría sido deseable, en cualquier caso, que tan importante novedad se hubiese visto acompañada de una revisión de las *piezas* del sistema, aprehendido en su totalidad, por ejemplo, en materia de reservas.

3. Son tanto o más perceptibles las reformas que se han producido *de facto*, sin que se hayan visto acompañadas de reforma legislativa alguna. Y lo mismo puede decirse de no pocos ordenamientos inspirados en el *Code Napoleon*.

Por ejemplo, no necesita demostración que la introducción del imperio de la **responsabilidad extracontractual** objetiva se ha producido sin que haya cambiado una sola coma en la primitiva e inalterada redacción del art. 1902 C.civ., de corte explícitamente culpabilista. Por no hablar de la descripción que del **dominio** hace el art. 348: poder omnipotente del dueño sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Los presupuestos ideológicos propios de la etapa codificadora habían proporcionado una estructuración del sistema, en ambos institutos, como algo marcadamente individualista. Se estaba ante un determinado modo de ser de las relaciones económico-sociales bien diferente de lo que tenemos ahora ante nuestros ojos.

En la **Doctrina general del contrato**, lo mismo pasa con el rabioso liberalismo individualista el del art. 1255 C. civ. (libertad de pactos en la contratación), fácilmente contrastable con una España cuya población residía en más del ochenta por ciento fuera de las ciudades, un *laissez faire*, que por ignorante de los núcleos ya importantes de proletariado industrial, suena a platónica declaración. La justicia contractual paradisíaca, el entendimiento roussoniano de que las convenciones son base de toda autoridad legítima entre los hombres, sólo puede tener lugar entre contratantes no precisamente situados ante la economía de la época precodificadora.

No hay decadencia del contrato, sino dificultad de valorar los límites de la autonomía contractual. Son muchas las manifestaciones prácticas que ofrece el Derecho privado moderno sobre la veracidad de este aserto. Ahí están para demostrarlo: las leyes especiales en materia de **arrendamientos**, con un orden público contractual que juega, según se entienda, para propiciar la prórroga forzosa en directa conveniencia con las necesidades de la economía. O la moderna **contratación en masa**, con las cláusulas abusivas, los contratos celebrados por adhesión, los contratos normativos, las estipulaciones predispuestas o las condiciones generales, que demuestran que el dogma de la autonomía de la voluntad puede proclamarse y repetirse a condición de que se subraye que prácticamente es hoy, como lo fue ayer y lo será mañana, un problema de medida.

La **ruptura del principio de relatividad del contrato** previsto en el art.

1257-1º está encontrando serias manifestaciones. En el **contrato de obra**, se confiere en alguna sentencia legitimación contractual al inquilino contra el constructor que edificó y vendió la casa al arrendador. No son pocos los casos en que se celebran **compraventas** en las cuales el vendedor es sólo un intermediario situado entre el fabricante y el adquirente. Se afirma entonces que la garantía por los defectos ocultos no deriva ni se imputa mediante el mecanismo formal de la contratación, sino por la procedencia material del producto, de manera que en el **leasing** financiero el vendedor-financiado no responde de los defectos de la cosa vendida. A decir de CARRASCO PERERA, “cuando el poder público pretende convertir al Derecho civil en un mecanismo corrector del mercado y protector de intereses determinados, esta *instrumentalidad* no se detiene en los límites tradicionales de la tecnificación científica del Derecho”².

4. El mayor problema de las revisiones del Código civil está en que la sacudida del letargo conoce movimientos y contorsiones peligrosos. Como factor importante, juega la **comodidad del legislador**, para quien es más sencillo y rentable electoralmente dictar una ley especial antes que reformar la unidad interna y acabada del Código, lo que obligaría en muchos casos a reformar preceptos afectados, periféricos o distantes al Título, Capítulo o Sección afectados.

Así ha ocurrido con la denostada Ley 35/1988, sobre **Técnicas de Reproducción Humana Asistida**, en la que se deja notar un profundo desconocimiento del legislador de las nociones más básicas que sobre la filiación y sus acciones contiene el Código civil, a diferencia de lo que vendría después a hacer la Ley catalana de 27 de abril de 1991, en la que se ha preferido incorporar a la regulación general que la misma elabora, las reglas necesarias para determinar la filiación en los casos de reproducción humana asistida.

Otra manifestación de heterodoxia la encontramos en la Ley 1/1996, de **Protección Jurídica del Menor**, que opta, no por modificar el articulado del Código en lo que hiciera falta, sino por convertir en artículos de una nueva Ley los preceptos de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que ya era Derecho interno. “**Daba más imagen**”, se ha dicho, una Ley especial que llevara como nombre propio a su destinatario (en el caso, el menor), que acometer una reforma en profundidad del Código civil. Por lo demás, cuando esta Ley ha querido no limitarse a reproducir los artículos de la Convención y ha preferido ir más allá, dando entrada a alguna originalidad, ha olvidado la existencia de leyes anteriores que regulaban las mismas cuestiones (en concreto, la Ley Orgánica 1/1982, de Protección del Honor). Dice GULLÓN BALLESTEROS que “en realidad, parece como si el que redactó la Ley 1/1996 se hubiese sentido como Dios al crear el mundo; nada existía, excepto él, antes”³.

En los últimos tiempos, las novedades legislativas proyectadas tienen im-

(2) CARRASCO PERERA, *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, pág. 82.

(3) GULLÓN BALLESTEROS, *Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, en La Ley, 8 de febrero de 1996, pág. 1.

portantes puntos oscuros. El Borrador de Anteproyecto de Ley de Responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental establece en su art. 1.2 que “a efectos de lo establecido en esta Ley se entiende por: (...) b) Daños: todo daño físico, moral o patrimonial, incluido el lucro cesante, que pueda sufrir una persona o las Administraciones Públicas”. Nada hay nuevo bajo el sol: ¿o es que ese concepto de daño no es exactamente el mismo que siempre se ha manejado en Derecho de daños?

Constituye un panorama desolador el ver que se intenta transformar la sociedad desde las instancias político-legislativas, por parte de personas con escasos conocimientos jurídicos. La consecuencia es el **progresivo deterioro de los cuerpos legales** que con tanto trabajo fueron edificados y que con tan poco esfuerzo se ven arruinados de la noche a la mañana. Se prescinde de la Comisión General de Codificación, o, cuando menos, se le resta gran parte de su protagonismo. Un ejemplo lo tenemos en el famoso artículo *Guadiana* 176, cuya nueva versión fue introducida por Ley de 13 de mayo de 1981, para ser inmediatamente derogado, textualmente *sin querer*, en la Ley de 7 de julio de 1981, y vuelto a enmendar el error en la aludida reforma de 1983, momento en el cual por fin llegó a saber el hijo adoptivo de quién era realmente pariente.

No es solamente un contraste anecdótico: el Ministro Alonso Martínez quiso que el Parlamento de 1888, a pesar de que la inmensa mayoría de sus miembros eran Licenciados en Derecho, se limitara a aprobar una Ley de Bases que sirviera para que la Comisión de expertos del Ministerio de Justicia confeccionase el Proyecto de Código civil. En la actualidad, el Código se reforma en ocasiones sin la mínima intervención de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, y a veces sin que ésta ni siquiera conozca la iniciativa de reforma. Ello, cuando no sucede que los civilistas tenemos que conocer *ex post facto* la existencia de cuatro Anteproyectos de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de los que han sido autores exclusivamente especialistas de Derecho mercantil.

En el peor de los casos, las leyes de alcance civil se gestan sin conocerse a las claras su paternidad, permaneciendo inactiva la Comisión, o trabajando *motu proprio* sin encargos concretos de los responsables ministeriales. Las enmiendas vienen y van en las Comisiones parlamentarias, y resultan aprobadas o no aprobadas en función de un intercambio de fuerzas ajeno por completo a consideraciones de pura técnica jurídica. Y aunque me esté limitando a la experiencia española, me consta que las cosas no son muy distintas en la Argentina.

El profesional del Derecho civil no puede permanecer impasible ante estas heterodoxas maneras de renovación de nuestra querida disciplina. Se hace absolutamente imprescindible, por un lado, reafirmar su carácter común, y por otro, hacerlo desde la idea del Código como cuerpo con estructura interna sistemática. Practicar lo que RAMS ALBESA llama *codigocentrismo*. Conviene tener presentes algunas de las palabras de DÍEZ-PICAZO, tomadas de la conferencia que pronunció en la Universidad de Bolonia con ocasión del cincuen-

tenario del Código civil italiano: “... El Código encarna la idea de progreso. Ante todo, de progreso en sentido político (las cursivas son mías). Es la plasmación de los principios de libertad individual y de igualdad de todos los ciudadanos. Se piensa que sea el vehículo para estabilizar los principios de la revolución y para extenderlos. Es la mochila de todos los soldados de Napoleón, que propagan la buena nueva por el continente; además de un bastón de mariscal, hay un Código civil”⁴.

II. En defensa del Derecho Civil

Comienza a ser necesaria una defensa del carácter común de la disciplina a la contra, mas no por un prurito de originalidad siempre peligrosa, sino porque considero que el Derecho civil está siendo objeto de furibundos ataques por parte de las disciplinas colindantes que justifican una toma de posiciones clara y contundente.

Es perfectamente perceptible en nuestros días una corriente de intromisiones, cuando no agresiones, al Derecho civil desde las disciplinas colindantes, que, unidas a la falta de respuesta contundente por nuestra parte, puede determinar un arrinconamiento de la disciplina, que, de ser Derecho común, quiere ser reducida a verdadero Derecho residual. No tiene nada de sorprendente que en la reforma de los Planes de Estudios de la carrera de Derecho, el Derecho civil haya sido en España, y sin lugar a dudas, una especie de enemigo a batir.

Algunas intromisiones son de carácter legislativo y jurisprudencial. Son las provenientes del **Derecho penal**. Otras son de orden doctrinal, y proceden de casi todos los **mercantilistas** y de algunos **laboralistas**. Por último están las relaciones con el **Derecho administrativo**, donde la situación es consecuencia a la vez de unas taimadas y silenciosas inmisiones y de una manifiesta falta de respuesta contundente por parte de los cultivadores del propio Derecho civil.

1. Intromisiones desde el Derecho penal

A. Responsabilidad civil

Me pareció muy oportuno dedicar a la cuestión de la responsabilidad civil en el Código penal mi colaboración para el Libro conmemorativo del *Centenario del Código civil*⁵. En cualquier país que permite o que obliga al juez penal a que se pronuncie también sobre la responsabilidad civil, sucede que el juez trabaja, valga la expresión, con un Código en cada mano: el penal, para la responsabilidad criminal, y el Código civil o la ley especial de que se trate, para la reparación de los daños. Si existen normas civiles en el Código penal se debió en su momento a la inexistencia de CC en España: ya lo advertían Pacheco y Silvela en 1848, cuando las llevaron allí provisionalmente, conscientes como eran de las dificultades que estaba encontrando la Codificación civil.

En España, entonces, se habla de responsabilidad civil derivada de delito

(4) DÍEZ-PICAZO, *Codificación, descodificación y recodificación*, Anuario de Derecho Civil, 1992, págs. 473 y ss.

(5) En Asociación de Profesores de Derecho civil, Madrid, 1990, págs. 2109 y ss.

como si fuese verdad que existe ese género de responsabilidad civil, como si derivara, en efecto, del delito, y no de un hecho dañoso cuyas consecuencias deben ser reparadas, y que si también tiene sus consecuencias en el ámbito punitivo, en nada se altera su naturaleza de fuente de obligaciones, como también podría ocurrir que el hecho en cuestión mereciera atención para el legislador fiscal o el laboral.

El problema mayor está en que las normas que para regular esa misma cosa existen en ambos Códigos son distintas y hasta opuestas. La comunidad científica del Derecho civil se alegró mucho cuando el Anteproyecto de Código penal de 1990 eliminó de una vez por todas las normas civiles del Código penal, por medio de una remisión en bloque al Código civil. Todos, empezando por la Comisión General de Codificación, que comenzó, dirigida por DÍEZ-PICAZO, a trabajar en el vaciado de tales normas sobre el Código civil.

Pero las furibundas críticas de los colectivos judiciales, que prefieren tener un resumen del Derecho civil patrimonial dentro del Código penal antes que tener que integrar las piezas en la totalidad del sistema, han llevado a la marcha atrás, y a que el nuevo Código penal de 1995 continúe con una dualidad normativa denunciada y criticada hasta el hastío, pero parece que no suficientemente. La Exposición de Motivos hace la afirmación, muy cercana al cinismo, de que “en la elaboración del Proyecto se han tenido muy en cuenta las discusiones parlamentarias del de 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica”. Si la afirmación es sincera, será, bien porque la civilista no es “doctrina científica” o porque se considera que no tiene nada que decir en la construcción normativa de una institución que se llama responsabilidad civil.

Que se trata de normas de naturaleza no penal lo demuestra su expresa consideración de leyes ordinarias (Disposición Final Sexta). Pero utilizaré un solo ejemplo que demuestra que las razones por las que jueces y fiscales desean que el Código penal siga conteniendo normas civiles son de pura comodidad, inercia y hasta de pereza intelectual: **la posición jurídica del tercero de buena fe obligado a restituir la cosa objeto del delito contra el patrimonio.**

En todos los casos en que estos terceros son llevados al proceso penal a fin de serles exigida la restitución, su posición es la propia de un responsable civil, pero la acción que tienen contra el ladrón que les vendió esa cosa ajena para que le sanee la venta les está siendo permitido ejercitarla en el propio proceso penal: son considerados *a la vez* responsables civiles del delito y perjudicados por el delito, cuando su perjuicio no deriva del delito, sino de la sentencia que les obliga a restituir aquello por lo que pagaron. Pues bien, ninguna de las sentencias penales que dicen esto aplican a la acción de saneamiento las normas de la evicción. El resultado de este atajo es que se les devuelve el precio, pero no los frutos, ni las costas, ni los gastos del contrato, ni los daños ni los gastos, que componen las partidas del saneamiento en el art. 1478 C.civ. La jurisprudencia penal prefiere utilizar un concepto de restitución de la paz, del orden alterado, pretendidamente plasmado en esos preceptos que ordenan, globalmente, la restitución de la cosa y la indemnización de los daños y per-

juicios. Un concepto de restitución más próximo a la teología escolástica de los manuales de confesores de Molina y Covarrubias (restitución de la paz, del orden jurídico alterado, etc.) que a la técnica jurídico-privada. Y de mucho más cómodo manejo que tener que conocer la práctica totalidad de las piezas del sistema del Derecho de contratos para poder administrar la justicia civil adherida al proceso penal ⁶.

B. Linderos entre la tutela penal y la tutela civil de determinados derechos

Ha escrito recientemente RODRÍGUEZ RAMOS que el nuevo Código penal, “olvidando en el fondo y sobre todo en la forma los principios de proporcionalidad, intervención mínima y subsidiariedad que en teoría informan al moderno Derecho penal y que reconoce programáticamente la Exposición de Motivos del mismo Código, ha invadido cotos hasta ahora reservados al Derecho civil, mercantil, administrativo o laboral” ⁷.

El que en la práctica forense no se utilicen por los jueces los mecanismos que la ley civil pone a su alcance está determinando, en efecto, unas intolerables intromisiones del legislador penal, dando lugar a un retorno al sistema de prisión por deudas. La Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio. El nuevo art. 487 bis dispuso pena privativa de libertad y multa para quien dejara de cumplir con determinados pagos establecidos en convenio regulador judicialmente aprobado o en resolución judicial. Una norma que, a juicio de BAJO FERNÁNDEZ, se hizo a golpe de periódico, con frivolidad e improvisación ⁸.

Es interesante comprobar que hay mecanismos en el Derecho de familia cuya correcta utilización podría evitar el recurso a penalizar las conductas de incumplimiento. Los arts. 90, 91, 93, pº 1º y 103.3ª permiten -no obligan- que el juez exija la constitución de garantías que aseguren los pagos.

Pues bien, lo cierto es que las medidas aseguratorias, a la luz de lo que ha venido siendo la práctica diaria de los Juzgados de familia, no se toman: aparecen en el Código civil como una especie de entequeia sin efectividad. Habría sido entonces mucho menos expeditivo reformar estos mecanismos, convirtiendo lo potestativo en imperativo y acompañar a ello la reforma de los oportunos ajustes procesales, que recurrir a un castigo penal que, a la larga, puede resultar inoperante. En defecto de acuerdo, que el juez proceda a ordenar la retención de salarios es una solución que conoce el Derecho italiano, en el que se prevé hasta la posibilidad de que el deudor del salario pague directamente al cónyuge, lo cual siempre parece mejor, si quedan cumplidas las disposiciones sobre inembargabilidad del salario mínimo interprofesional, que mandar a alguien a la cárcel veinte fines de semana.

Y si no son suficientes los mecanismos civiles, el Código penal ya conoce

(6) Puede verse mi *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Madrid, 1997, pág. 92.

(7) RODRÍGUEZ RAMOS, *¿Hacia un Derecho penal privado y secundario?*, en Actualidad Aranzadi, 20 de junio de 1996, pág. 3.

(8) BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ MAROTO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Madrid, 1991, pág. 54.

remedios suficientes si lo que se deja de pagar son los alimentos: ahí está el tipo de abandono de familia: art. 226 C.pen. “el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento...”. O los tipos del alzamiento de bienes y otras insolvencias punibles, para el que oculta bienes con la intención de no pagar sus deudas.

Pues bien, en vista de que la doctrina civil y penal rechazó de manera prácticamente unánime la tipificación del impago de prestaciones, el nuevo Código penal, lejos de suprimirlo, ha ampliado el tipo: ahora es constitutivo de delito dejar de pagar “*cualquier tipo de prestación económica*” (art. 227 C.pen.). Alimenticia o no. Cabe, pues, que se considere delito el impago de la pensión compensatoria, o de los gastos de comunidad, o la tasa de recogida de basuras, el seguro multiriesgo del hogar, el de responsabilidad civil del perro, las cuotas del club de golf, y todo cuanto en el convenio se haya pactado que corre de su cuenta. El resultado es escandaloso. Y si no es el querido por el legislador, más le valía a éste expresarse mejor.

En otro orden de cosas, en el ámbito del Derecho civil todo son dudas cuando se trata de decidir la prosperabilidad de la acción pauliana cuando se trata de deudas nacidas pero aún no vencidas, cuestión que enlaza con el inveterado problema del momento inicial del cómputo del plazo de la acción de rescisión por fraude de acreedores. El desconocimiento de este problema por parte de los jueces penales les lleva a que acciones paulianas que se encuentran caducadas se lleven por la vía penal del **alzamiento de bienes** y encuentren en ella cómoda respuesta.

Por no hablar del sistemático recurso del legislador penal a la siempre peligrosa ley penal en blanco, que le llevaba a regular los delitos de **quiebras** y **suspensión** de pagos de modo completamente tributario de la normativa contenida en el Código de comercio, de forma que el Derecho penal llamaba a la puerta, no sólo del que reconocía deudas supuestas o de quien colocaba de bienes a nombre de terceros, anticipaba pagos en perjuicio de acreedores o la distraía activos de la masa para su aplicación a usos personales o falseaba los libros de comercio, sino también a la puerta de quien es algo manirroto en sus gastos domésticos o tenía excesiva propensión al juego. La cuestión se ha visto sensiblemente mejorada con el nuevo Código.

Pero ahí siguen las pantanosas fronteras entre el **dolo como vicio del consentimiento** y el engaño capaz de ser calificado como **estafa**, que determinan que a veces se califique como estafa el comportamiento de quien deja de pagar la factura de un hotel, cuando lo único que hay es un incumplimiento del contrato de **hospedaje**. O en el ámbito de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, ¿cómo se puede hablar de responsabilidad criminal del hipotecante que dispone del bien hipotecado o pignorado cuando el bien, por definición, es suyo? Menos mal que las resoluciones judiciales no se cansan de decir, afortunadamente, que la **apropiación indebida** sólo cabe cuando el título transfiere la posesión del objeto (así, el depositario o el comodatario venden la cosa objeto del contrato), pero no cuando se transfiere la propiedad, pues el prestatario se ha-

ce con el dinero y debe devolver otro tanto, y si no lo hace, no delinque, sino que se limita a incumplir el contrato de préstamo ⁹.

2. Intromisiones desde el Derecho mercantil

Dicen algunos mercantilistas que la Propiedad Intelectual es parte del Derecho mercantil, y se esgrimen como argumentos principales que la propiedad intelectual es un derecho de exclusiva dentro del mercado y que su explotación requiere una organización empresarial (OTERO LASTRES ¹⁰).

Se olvida al decirse esto que existen aspectos morales, y entre ellos el derecho al inédito, algo bien alejado del mercado y de la explotación comercial. Pero con las razones que se aportan, no se encuentran motivos para que en los programas universitarios de Derecho mercantil no se contenga, por ejemplo, el derecho real de hipoteca, pues como las hipotecas las conceden los bancos en el ámbito de una organización empresarial, también “son” parte del Derecho mercantil. Y también lo son, de paso, todos los mecanismos registrales de protección de tal derecho real. Como también hay empresas que construyen edificios para dedicarlos después al arrendamiento urbano de cada piso o local, de manera masiva y en el ámbito de una explotación comercial, a alguien se le podrá ocurrir que el contrato de obra y el arrendamiento también forman parte del Derecho mercantil. Y así sucesivamente podrá ocurrir con la totalidad del, hasta ahora, denominado Derecho civil patrimonial, pues no existe derecho patrimonial que no sea susceptible de explotación comercial.

No sin razón dice Rodrigo Bercovitz que “esos argumentos llevarían a trasladar al Derecho mercantil a todos los derechos patrimoniales que recaigan sobre bienes susceptibles de explotación comercial” ¹¹. En definitiva, que al final el Derecho civil acabará ocupándose de estudiar la obligación de fidelidad entre cónyuges o las acciones de filiación.

Pero el problema se enmarca en unas coordenadas de muy mayores dimensiones. Desde mitad de siglo, la doctrina mercantilista más acreditada vino poniendo de manifiesto su dura crítica al método clásico que intentaba definir el Derecho mercantil, bien como el Derecho de los comerciantes, bien como el Derecho de los actos de comercio.

La falta de un criterio unificador que delimite cuáles son esos actos (*¿interposición en el tráfico, ánimo de lucro, circulación, cambio?*) arroja como saldo un complicado conjunto de actos *subjetivos, objetivos, principales, accesorios, mixtos...* La dificultad desplazó entonces el problema para dar con un concepto económico al que atribuir el sustrato de la realidad mercantil: la empresa. Pero la confusión continúa, pues tampoco es que el concepto sea precisamente claro: en prácticamente todas las definiciones formuladas se encuentra presente el elemento vago de la *organización*: y la nueva doctrina no hace más que va-

(9) Sobre estos temas, el capítulo IV de *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit.

(10) OTERO LASTRES, *La inclusión del derecho de autor en el moderno Derecho mercantil*, en Anuario de Derecho Industrial, 1982, págs. 323 y ss.

(11) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1989, pág. 25, nota 15.

riar el sujeto titular de los actos mercantiles, que aparecen siempre en última instancia.

El intento definitivo tuvo marcado carácter histórico. El ánimo de lucro ni siquiera era ajeno al comercio de Roma. Y si allí no apareció un Derecho mercantil separado del Derecho común, es -se dice- porque el ordenamiento jurídico común bastaba para satisfacer las necesidades económicas del tráfico. Por importante que fuese el comercio, interior y exterior, su papel, debido al predominio de la propiedad agraria en una economía con esclavos y organizaciones domésticas, nunca fue el que jugaría en el mundo moderno, económico y político. Posteriormente, en la Edad Media, la nueva racionalización de la economía conecta jurídicamente ciudad y mercado: el Derecho de la ciudad es el Derecho del mercado. Surge el mercado como idea de seguridad y protección jurídicas de los que a él acuden; el éxodo del campo a la ciudad se produce para escapar de la situación de dependencia campesina. Se remata entonces la argumentación: el nuevo Derecho urbano, civil, es la primera expresión histórica del Derecho mercantil. Las relaciones de cambio encuentran en la ciudad, en el mercado, su *estado de libertad civil*, en términos de SOMBART¹². Surgen los gremios de mercaderes y el hombre comienza a vivir con talante precapitalista.

Por eso, aunque no faltan los que ven en el Derecho mercantil un estatuto jurídico de una clase de personas (los mercaderes). Pero lo lamentable es que la mayoría de la doctrina mercantilista es vista por sus cultivadores como el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial en la época del capitalismo occidental moderno. Esa época en que el lucro, la ganancia, es ya un modo absolutamente racional de pensar y de vivir de las organizaciones (una vocación, en el sentido luterano del término). El término “empresa” es muy antiguo, pero cuando aparece como unidad organizada para la realización de actos mercantiles es con el advenimiento del capitalismo. Y a partir de ahí es cuando el acto de comercio va desplazando al acto patrimonial civil, peyorativamente calificado como “vetusto”. Dentro del esquema formal del contrato de compraventa, transporte, préstamo, etc., va intercalándose el conjunto de elementos dinámicos del acto económico capitalista.

Y de ahí a lo que denuncia VICENT CHULIA solamente hay un paso: “la interpretación extensiva que la doctrina mercantilista más prestigiosa ha defendido y, en gran medida, impuesto a los Tribunales, según la cual “acto de comercio” es todo contrato de empresa, incluyendo los interprofesionales y los mixtos (y tanto estipulados con empresario no comerciante como con consumidor) no responde a la voluntad del legislador ni a las exigencias objetivas de interpretación del Código de comercio, en el contexto de la vigente Constitución”¹³.

(12) SOMBART, *Apogeo del capitalismo* (trad. Fondo de Cultura Económica), págs. 66 y ss.

(13) VICENT CHULIA, *La unificación del Derecho de obligaciones*, en *Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15 a 18 de noviembre de 1993, pág. 303. Partidarios de que contrato mercantil es todo contrato celebrado profesionalmente por un empresario son la práctica totalidad de los manuales al uso y

El resultado es que, lejos de que civilistas y mercantilistas, siguiendo la sugerencia de VICENT, restablezcan “los puentes de diálogo en el estudio conjunto de las materias”, lo que sucede es que ya no pocos programas de Derecho mercantil comienzan a incluir determinados contratos atípicos (*leasing*) la propiedad intelectual o la responsabilidad civil del empresario, y muy especialmente la del empresario fabricante de productos defectuosos, las compraventas especiales o los viajes combinados. **Toda relación entre un empresario y un *cives* pasa a ser sistemáticamente tomada para sí por los mercantilistas**, como si los simples particulares tuvieran que estar al corriente de las reglas especiales de la actividad empresarial de que se trate. Y si no ha sucedido aún lo mismo con las restantes instituciones del Derecho patrimonial civil, tal vez sea porque el esfuerzo que supone estudiarlas (tomemos de nuevo a la hipoteca o al arrendamiento como paradigmas) no compensa proporcionalmente en términos de rentabilidad para los despachos mercantilistas.

Algunas voces son bien claras, como la de VICENT CHULIA, en cuya opinión “es absolutamente indispensable proceder a la derogación del Código de comercio, a la coetánea modificación del Código civil (incorporando algunas, muy pocas, normas especiales procedentes del Código de comercio en los supuestos especiales en que sean adecuadas), ya que ni en Derecho de obligaciones, ni en Derecho de sociedades, ni en Derecho de insolvencia, ni en Derecho contable, ni en Derecho de la navegación, está justificado hoy un Derecho especial, inspirado en principios distintos al Derecho privado común (salvadas las exigencias de cada materia regulada)”¹⁴.

Si las limitaciones de una obra de esta naturaleza no nos impidieran detenernos con calma en el Derecho de las obligaciones civiles y mercantiles, veríamos que la afirmación de VICENT se corrobora con bastante facilidad: los artículos 59 a 63 del Código de comercio no aportan apenas diferencia alguna frente al Código civil y cuando lo hacen esa diferencia carece de justificación

trabajos monográficos: GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, t. II, vol. 1º, Madrid, 1964; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1993, en especial pág. 567; POLO, *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, R.D.P., 1956, págs. 1175 y ss., y en *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil*, en Estudios en homenaje a Uría, 1978, págs. 549 y ss.; GIRON TENA, *El concepto de Derecho mercantil*, A.D.C., 1954, págs. 695 y ss., y en *Tendencias actuales del Derecho mercantil actual*, Madrid, 1985; también BROSETA, *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, y allí, págs. 198 y ss. No es así en el de VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I, vols. 1º y 2º, Barcelona, 1991. Sobre el particular, pueden verse: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (R.), *Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones*, en Asociación de Profesores de Derecho civil, Centenario del Código civil, t. I, Madrid, 1990, págs. 287 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (A.), *En torno a la unificación del Derecho privado*, en *Estudios en homenaje al Prof. Federico de Castro*, t. I, Madrid, 1976, págs. 157 y ss.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Código de comercio y reforma de la legislación mercantil*, en Fundación Universidad-Empresa, *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pág. 57; POLO, *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, R.D.P., 1956, pág. 1175, y en *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil*, en *Estudios en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pág. 549; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *Bases para una ordenación del Derecho de la contratación mercantil*, en *La reforma...*, pág. 302.

(14) VICENT CHULIA, *La unificación...*, cit., pág. 304.

en una hipotética adecuación al tráfico mercantil ¹⁵. Así, esa diferencia tan frecuentemente apuntada de que **la mora no necesita culpa** del deudor no resulta de ninguna norma del Código de comercio. Como tampoco es diferente la regulación de la interpelación del acreedor: no es precisa en la contratación mercantil, pero tampoco en la civil si se trata de una obligación a término no esencial (pues si es esencial lo que hay es incumplimiento definitivo, y no mora). Consideraciones semejantes cabe hacer en puntos como la cláusula penal, los pactos ilícitos, la interpretación contractual, el valor probatorio de los libros de comercio, etcétera.

Un somero recorrido por algunos preceptos de ambos Códigos demuestra la falacia consistente en querer articular sobre el tópico de la agilidad del tráfico mercantil una serie de diferencias que, o no existen, o no se encuentran plenamente justificadas. Por lo demás, es asombrosa la facilidad del Tribunal Supremo para, siempre sobre unas mismas ideas de base, etiquetar la relación de una u otra manera para que los plazos de prescripción de las diferentes obligaciones sean más adecuados que los que marcan los Códigos: así, la sentencia de 5 de noviembre de 1990 considera mercantil la compra de tres mil botellas de brandy por una maestra de escuela, presumiendo que fue para revenderlas y no para su consumo. Por ser mercantil, la sentencia aplica entonces el plazo de quince años.

3. Intromisiones desde el Derecho del Trabajo

Cuenta HERNÁNDEZ GIL que casi todas las generaciones de juristas han creído asistir a los funerales del Derecho civil ¹⁶. Y no sé si todas las generaciones de juristas han creído asistir o no, pero sí sé que en los tiempos que corren no faltan quienes nos quieren convencer de que las campanas tocan a difuntos cuando a lo que tocan es a la misa diaria de nueve. Y ello sin la mínima respuesta por parte de los cultivadores del Derecho civil.

Existen algunos laboristas que niegan la virtualidad del Derecho civil como Derecho común de las relaciones jurídico-laborales. En el *Derecho del Trabajo* de MONTOYA MELGAR se puede leer: “difícilmente puede ser el civil un derecho común respecto de ordenamientos (como el laboral) que han surgido justamente como reacción frente a la insuficiencia -cuantitativa y cualitativa- de las normas civiles” ¹⁷.

Resulta inconcebible oír que hoy día no se debe considerar al Derecho civil como Derecho común. Y más inconcebible si la afirmación no se justifica sobre la vetustez sonrojante de los preceptos sobre arrendamiento de servicios contenidos aún en el Código civil (qué duda cabe, rechazables por cualquier persona a quien no le guste el capitalismo manchesteriano), sino en un juicio global de “insuficiencia cuantitativa y cualitativa de las normas civiles”. Me

(15) Sobre el particular, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (R.), *Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones*, en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Centenario del Código civil*, t. I, Madrid, 1990, pág. 293.

(16) HERNÁNDEZ Gil, *En defensa del Derecho civil*, RDP, 1948, pág. 778.

(17) MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996, pág. 42.

pregunto entonces de dónde salen los conceptos de crédito (salarial), deuda (salarial), contrato (de trabajo), onerosidad (de las prestaciones del empleador), garantía (salarial), consignación (de salarios en Magistratura), o cómo se puede hablar de tantos otros conceptos. Convendría que MONTOYA aclarara entonces cómo justifica, por ejemplo, la utilización que hace del juego de los arts. 1586 y 1583 C.civ. para que el trabajador no pueda desistir *ad nutum* de la relación jurídico-laboral por tiempo determinado, y que en cambio sí pueda hacerlo, sin alegación de causa justa, en los contratos de trabajo por tiempo indeterminado¹⁸. Si ello es verdad, que lo es, será porque, como dice GIL RODRÍGUEZ, el Derecho civil proporciona también al laboral “los primeros auxilios metodológicos y conceptuales”¹⁹.

Creo que si tampoco reaccionamos en este punto, no nos ha de sorprender que algún día veamos al Derecho del Trabajo que se estudie en las Facultades desprovisto de sus características sustantivas de ajenidad y dependencia (y quién sabe si también de la característica adjetiva de la jurisdicción especial). No sería de extrañar que, en un futuro no muy lejano, el ámbito reivindicado por los laboristas para su disciplina fuera, sencillamente, “el trabajo” como tal, centrado su sujeto en el *homo faber*, ya tenga una relación de dependencia laboral con quien le contrata, ya se vea vinculado con él por medio de contratos de servicios, obra, corretaje, mandato profesional, mediación, agencia, transporte, etcétera. Tal vez sea esto lo que se pretende decir con afirmaciones como ésta: “el legislador, de un lado, y la jurisprudencia, de otro, han sellado este carácter expansivo del Derecho del Trabajo hasta llegar a convertirse en Derecho común que regula las prestaciones de servicios por cuenta ajena, con independencia de la naturaleza o carácter de estos servicios”.

4. Desde el Derecho administrativo

No faltan las intromisiones del legislador administrativo en la esfera del Derecho civil. Buena y reciente manifestación de ello la tenemos en las diversas legislaciones autonómicas en materia de **protección jurídica del menor**, que, al igual que sucede con la normativa estatal (Ley Orgánica 1/1996), confiere a los poderes públicos una presencia que no tendría nada de particular si no fuese porque la generalidad de los términos en que los preceptos se hallan redactados permite sospechar que el legislador tiene una importante dosis de desconfianza hacia padres y tutores, incluso en los casos de completa normalidad. Dice GULLÓN BALLESTEROS que “es cierto que existen niños en situaciones de desamparo, que los poderes públicos y los ciudadanos tienen obligación de remediar, pero para eso se introdujeron ya en el Código civil por

(18) MONTOYA MELGAR, cit., págs. 456 y 457.

(19) GIL RODRÍGUEZ, *Acotaciones para un concepto del Derecho civil*, en A.D.C., 1989, pág. 356. Dice ALONSO GARCÍA que “la supletoriedad del Derecho común no es sino consecuencia del principio sustancial de la *unidad del Derecho*, que hace que todas las ramas jurídicas, por encima de y sobre su especialidad, hayan de contar forzosamente con lo que son conceptos, bases o puntos esenciales de partida que prestan unidad de sentido a todas ellas, arrancando no tanto de lo que encierran de especialidad como de lo que guardan de Derecho”. *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1987, pág. 123.

la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, instituciones adecuadas (...). Pero no parece que porque el desamparo, el mal desarrollo de los poderes tuitivos, sea una realidad, haya que establecer un tinglado de sospechas, de controles y precauciones para la mayoría cuya conducta no deja nada que desear. Pudiera decirse, en contra, que ellos nada tienen que temer, que con ellos no va la nueva Ley, pero esto es lo que se ha dicho siempre por los defensores de las dictaduras; nada hay que temer de sus prescripciones y ordenanzas si se mantiene uno dentro de las normas²⁰.

Llama igualmente la atención el sofocante intervencionismo administrativo en el mundo de las **fundaciones**. El autor de la Ley de Fundaciones de 1994 parece tener una constante sospecha de que quien crea una fundación no lo hace para perseguir los fines de interés general previstos en el art. 2, sino para otros fines no confesables, como pueden ser la ocultación de bienes a sus acreedores o el procurarse un favorable y disimulado tratamiento fiscal fraudulento. El resultado es el de una presencia todopoderosa de la Administración, mucho más allá de lo que cabe esperar de un Protectorado que no sólo controla, sino que también respeta un derecho a fundar y no se olvida de que se encuentra constitucionalmente reconocido.

Es de desear que los fines de interés público que están llamadas a cumplir las fundaciones no lleven a éstas al campo de estudio del Derecho administrativo, como de hecho viene sucediendo con aquellas **asociaciones** que, a pesar de tener una base privada, son partícipes de la gestión de servicios públicos o titulares de prerrogativas de autoridad pública. Tal es el caso de los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio o las **Federaciones deportivas**. Estas últimas ya no tienen la vieja dependencia jerárquica de la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes, y la vigente Ley del Deporte de 1990, así como las legislaciones autonómicas, abundan en la misma configuración de base indiscutiblemente jurídico-privada.

Pues bien, son estas asociaciones una típica zona de tangencia entre nuestra disciplina y el Derecho administrativo que hemos abandonado por completo en manos de quienes *también* tienen algo que decir (no lo olvidemos); pero si seguimos así podrá suceder que quede nuestra disciplina reducida a bien poco, dado que la inicial vocación generalista y común del Derecho civil hace a éste tener fronteras difusas con casi todas las disciplinas jurídicas.

Eso justo comienza a ocurrir con el **derecho de propiedad**: la práctica totalidad de los objetos susceptibles de dominio cuenta con legislaciones propias con más o menos publicación: Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana para la propiedad urbana. Leyes de Reforma y Desarrollo Agrario y de Modernización de las Explotaciones Agrarias para la propiedad rústica. Leyes de Montes y de Montes Vecinales en Mano Común para la forestal. Ley de costas. Ley de Aguas. Leyes de Minas y de Fomento de la minería. Ley de Caza para los terrenos acotados para el aprove-

(20) GULLÓN BALLESTEROS, *Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, en La Ley, 8 de febrero de 1996, pág. 2.

chamiento cinegético. Y no olvidemos la Ley del Patrimonio Histórico Español para aquella propiedad privada mueble o inmueble que cae de lleno en su ámbito por su interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico, antropológico, documental, bibliográfico o técnico.

Pocas son, en suma, las cosas que, directa o indirectamente, no se ven afectadas por esta diversificada legislación. El control público está, por lo general, plenamente justificado por razón de la función social. Pero la configuración de un estatuto plural de la propiedad, en atención a su objeto, con una base creciente de publicación configura un clima extraño para la dogmática tradicional del Derecho civil que amenaza con la vieja *canción* del Derecho civil como Derecho *residual*. Los administrativistas, desde la aprobación de la Constitución, han tomado como pretexto la función social para instalar su monopolio, cuando lo cierto es que no fue la Constitución la que introdujo el elemento social: éste ya existía en la legislación anterior.

El término de propiedad no tiene hoy, *pero tampoco ha tenido nunca* (MONTES PENADES ²¹), un significado unívoco (ni siquiera cuando el elemento social no tenía el mismo relieve que actualmente). Designa -dice PUGLIATTI- demasiadas cosas para que se pueda mantener la ilusión de que a la unicidad del término corresponda la unidad de un instituto compacto y trabado” ²².

Pero parece como si el modelo de los Códigos sólo sirviese para los bienes de consumo, y fuera realizable sólo para el célebre cucurucho de helados de que hablaba CONSTANTINO en sus intervenciones al Simposio de Camerino (1982).

La reactivación sólo puede provenir de una reafirmación diaria de que también los cucuruchos y los helados vienen configurados por normas administrativas sobre aditivos, colorantes, etc.: en todos los bienes, sin excepción, y también los dibujos, las medicinas, los útiles de gimnasia, los columpios para los parques, la energía eléctrica..., encontraremos a la hora de estudiar su utilización y circulación en el mercado diferentes reglamentaciones administrativas. Y ello no restará valor a una verdad imperecedera: “la pluralidad de regímenes del dominio no afecta a la identidad del punto de partida: un concepto de ordenación que vale igualmente para todas sus variedades y regímenes”. Que el poder del dueño se vea limitado, según el objeto (...) de muy diferentes maneras en atención a los intereses colectivos, no quita para que el art. 348 C.civ. siga siendo válido y para que la propiedad privada siga constituyendo, desde el Derecho civil, un punto de referencia, una forma del pensamiento indispensable para la especulación jurídica.

Pero esto es justo lo que no se está dispuesto a aceptar desde el Derecho administrativo. El pasado año veía la luz la segunda edición de *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, de Sebastián MAR-

(21) MONTES PENADES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, págs. 103 y 104.

(22) La cita está tomada de LACRUZ, *Elementos...*, t. III, vol. 1º, cit., pág. 290.

TÍN-RETORTILLO. En ella, el autor dice que en realidad la propiedad, la responsabilidad por daños, el contrato, la servidumbre o el derecho subjetivo, no son en realidad figuras de Derecho privado, sino, “sencillamente, figuras jurídicas” en las que “el metro del Derecho privado es, por principio, equívoco y erróneo”... “puede reconocerse que, en principio, ha estado y está mucho más abierta la ciencia jurídico-administrativa que la ciencia madre del Derecho civil, situada con frecuencia en una posición un tanto acrítica, no sólo para percibir esas variaciones, sino también para reflejarlas”²²³.

Ante estos intentos de presentar a los cultivadores del Derecho civil como especialistas en arqueología jurídica que visten como lo hacía Ulpiano y que son incapaces de adaptar los conceptos de los Códigos liberales a la realidad social del tiempo en que las normas están llamadas a aplicarse, hay que reaccionar con decisión. Pero no con las mismas artes: antes bien, admitiendo, como no puede ser de otra manera, que desde el Derecho administrativo se puede y se debe hablar del dominio público, de las servidumbres administrativas, de los contratos del Estado, de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas... pero reivindicando nuestra propia legitimidad para tratar del problema de la inscripción de las titularidades privadas de la zona de dominio público costero, de las facultades del dueño de suelo urbano, de las desviaciones que desde el concepto de lucro cesante o del de relación de causalidad, de indiscutible conformación privatista, se produce en la práctica de los Tribunales contencioso-administrativos.

5. El resto de los ataques vienen por la vía del *marketing* editorial y académico: Derecho del consumo, Derecho del medio ambiente, derecho de la navegación...: son los Derechos “especiales” que no son especiales sino que son en parte Derecho civil, y en parte administrativo, penal, etcétera.

3. A modo de conclusión

El ámbito propio de la docencia e investigación en Derecho civil, pero también en el resto de las disciplinas jurídicas, ha de partir entonces del reconocimiento de dos cosas:

Por un lado, el Derecho civil se ocupa de la regulación de la persona, de los derechos que como tal le corresponden y de las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la sociedad. Pero, en segundo término, es en el Derecho civil donde se encuentra la única sede posible de la teoría general de la deuda y de la responsabilidad, del contrato como categoría especial de fuente de obligación, de las cosas como objeto inmediato o mediato de los derechos, etc. Los conceptos de nulidad, anulabilidad, rescisión, revocación y resolución; las nociones de fraude a la ley y abuso del derecho; cumplimiento e incumplimiento, subrogación, compensación, cesión, novación, condonación, delegación, cosa, patrimonio, deuda, responsabilidad, etc., hacen del Derecho civil todo un sistema nervioso del or-

(23) S. MARTÍN RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, 1996, págs. 52 y ss.

denamiento jurídico, de conocimiento imprescindible para la investigación, la docencia y el ejercicio de cualquiera de las restantes ramas del Derecho.

Además, las auténticas Constituciones -dicen DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS- hay que buscarlas en los Códigos, pues es en ellos (y no en las, por así llamarlas, “Constituciones formales”) donde “se detecta la manera cómo se concretan en el proyecto de vida común que la Constitución es, los valores sociales con vigencia efectiva y la efectiva distribución de las fuerzas sociales”²⁴. “Para quienes -dice CARRASCO PERERA- todavía pensamos que el Derecho auténtico es el que resuelve controversias de particular a particular, el Derecho privado constituye el baremo con el que se mide el grado de civilidad de la sociedad occidental”²⁵.

Consecuentemente, hay que reconocer legitimidad plena al penalista, al mercantilista, al laboralista o al administrativista para que estudie, investigue y publique los resultados de su estudio, y también, naturalmente, cuando el objeto del mismo linde con el Derecho civil o deba tomar conceptos o instituciones civiles. Pero siempre que unos y otros no defiendan que, a los efectos de sus respectivas disciplinas, los conceptos medulares del Derecho han de quedar modificados por medio del sacrificio de su contenido generalista originario. La resolución del contrato es una cosa, y la nulidad o la rescisión, otra. La propiedad, la responsabilidad por daños, la servidumbre o el contrato, no son institutos que resistan una continua distorsión que justifique el olvido de la dogmática civil al servicio de un acomodo disfuncional en las restantes disciplinas. Sólo una constante reafirmación del carácter común del Derecho civil puede permitir que el Derecho mantenga su trabada unidad como conjunto.

Cuánto me gustó que mis colegas argentinos, que se quejan de lo mismo que yo, me dijeran en la Mesa Redonda en la que presenté este trabajo que los ataques al Derecho civil forman parte de una especie de pseudomodernismo jurídico. Cuánto me gustó que mi amigo Roberto López Cabana, en sus palabras de elogio a su colega y maestro Atilio Alterini, enfatizara notablemente el carácter común de nuestra querida disciplina. Cuando cosas tan obvias se repiten, es porque se aprecia latentemente el peligro de que haya quien no se las crea.

(24) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1984, pág. 55.

(25) CARRASCO PERERA, en la contraportada de *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988.