

Voto particular que formula el Magistrado don Alfredo Montoya Melgar a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2557-2017.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria del Pleno, manifiesto mi discrepancia con parte de su fundamentación jurídica y con el fallo que, en mi opinión, hubiera debido ser estimatorio de la totalidad de las impugnaciones.

La discrepancia se refiere no sólo al modo en el que se ha presentado el encuadramiento competencial (punto 2), sino también al alcance y contenido que se da al título competencial sobre legislación civil (puntos 3 y 4) y, en fin, al proceso deductivo mediante el cual se verifica si los preceptos impugnados hallan cobertura en el ámbito competencial autonómico así conformado (punto 5). Con carácter previo, debemos destacar que la sentencia de la que disentimos se separa, desde el principio, de la esencia del diseño constitucional de la distribución competencial en materia de “legislación civil” (punto 1).

1. El sistema del reparto constitucional en materia de “legislación civil” y su quiebra en la sentencia.

El cuerpo de doctrina constitucional sobre la materia “legislación civil” se desarrolla en una primera fase, que comprende desde la STC 71/1982, de 30 de noviembre, hasta la STC 156/1993, de 6 de mayo. Conforme a estas resoluciones, el reparto competencial en materia de “legislación civil” *ex art. 149.1.8 CE* presenta tres niveles: a) la legislación civil es, en principio, competencia del Estado; b) como límite a dicha regla general, cabe que los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, sean conservados, modificados o desarrollados por las comunidades autónomas; c) esta facultad normativa tiene, a su vez, un contralímite (“segunda reserva [...] a favor del Estado” dice el Tribunal), en cuanto que no puede invadir las materias que, de acuerdo al segundo inciso del art. 149.1.8 CE, corresponden al Estado “en todo caso”.

Esta distribución tripartita, que es la piedra angular del reparto competencial en la materia, se ha reiterado sin interrupción en las SSTC 31/2010, 95/2017, 133/2017, 40/2018, 41/2018 y 54/2018. Por decirlo con las palabras de la STC 41/2018, de 26 de abril, FJ 4, “la Constitución atribuye al Estado la legislación civil, sin más posible excepción que la conservación, modificación y desarrollo autonómico del Derecho civil especial o foral. La reserva al Estado por el mismo artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones ‘en todo caso’ sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas comunidades autónomas. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 79, citando la doctrina de la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1)”.

La sentencia de la que discrepamos derriba esta clave de bóveda del sistema y, optando por un reparto articulado en dos únicos niveles, que no se compadece ni con la literalidad ni con el espíritu de la regulación constitucional, derruye la distribución competencial que el constituyente diseñó para la materia “legislación civil”. Afirma en este sentido el FJ 2 de la resolución que “la Constitución atribuye al Estado la competencia para dictar las bases de las obligaciones contractuales, art. 149.1.8 CE, mientras que a la comunidad autónoma de Cataluña, le corresponde el desarrollo de su derecho civil, en virtud del art. 129 EAC”. De esta manera, la sentencia de la mayoría viene a atribuir a Cataluña, sin apoyo constitucional alguno, toda la competencia sobre la legislación civil, con la única salvedad de las materias enumeradas en el segundo inciso del art. 149.1.8 CE.

El planteamiento que adopta en su pòrtico la sentencia de la mayoría halla su correlato en la interpretación ilimitada que hace, en los siguientes fundamentos jurídicos, del concepto de “desarrollo” del derecho civil especial o foral; interpretación que viene a conferir a las comunidades autónomas de referencia una verdadera

competencia universal en materia civil, con la sola excepción de las concretas materias enunciadas en el segundo inciso del art. 149.1.18 CE.

Este canon distributivo que adopta la sentencia de la mayoría en su FJ 2, con independencia de que queda contradicho o al menos matizado en el FJ 3, desdibuja por completo el primero de los atributos de la competencia en materia de legislación civil reservada al Estado: su exclusividad. Pues del mismo modo que el Estado ha de respetar el condicionante constitucional inserto en el mismo precepto (“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”), los legisladores autonómicos tienen vedado invadir áreas que “en todo caso” se reservan al Estado.

El diseño constitucional que combina la competencia exclusiva del Estado, el mantenimiento, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas del derecho civil especial o foral y los límites de contenido que en todo caso se reserva el Estado, no se respeta en la presentación que se realiza en el citado FJ 2, en cuanto que reduce la competencia del Estado a las bases de las obligaciones y contratos y, al propio tiempo, reduce el límite que ha de respetar el legislador autonómico, al aludir tan solo a lo dispuesto en el precepto estatutario.

El FJ 2 dibuja, en efecto, las líneas maestras sobre las que se va a construir la sentencia, pero lo hace orillando la doctrina constitucional consolidada de la que es buena muestra la ya citada y reciente STC 41/2018, de 26 de abril.

2. Divergencias en cuanto al encuadramiento competencial.

Las partes del proceso coinciden en admitir que la mayoría de los preceptos impugnados se encuadra en la materia “legislación civil”; la mayoría, ciertamente, pero no todos ellos. Así, sobre el encuadramiento de la compraventa de consumo hay una divergencia entre las partes, que la sentencia de la mayoría resuelve a favor de la materia “legislación civil” (149.1.8 CE) cuando, en nuestra opinión, hay motivos, en la realidad

de las cosas y también en la doctrina constitucional, para incardinar esa regulación en la materia “legislación mercantil” (art. 149.1.6 CE), materia sobre la que el constituyente atribuyó al Estado la función legislativa en exclusiva, sin reconocer espacio alguno para singularidades normativas forales, con el fin de garantizar una cierta unidad de mercado.

La sentencia de la que nos separamos, se detiene en la compraventa no reputada mercantil para una vez descartado ese carácter, ubicar la compraventa de consumo en el ámbito del derecho civil.

Es notorio, sin embargo, que el soporte normativo en el que se hace descansar la figura de las compraventas que no se consideran mercantiles (art. 326 CCo, cuya redacción se mantiene inalterada desde su promulgación en 1885), se encuentra manifiestamente superado por el amplísimo conjunto de normas que desde diversas disciplinas abordan la ordenación de estos contratos.

Además, más que lo que diga el legislador ordinario, sobre todo cuando se trata de un legislador preconstitucional como el del Código de Comercio, lo relevante para determinar la extensión de esta materia competencial es el entendimiento de la expresión “legislación mercantil” del art. 149.1.6 CE por el intérprete último de la Constitución, este Tribunal Constitucional. Y en este sentido hay que destacar que desde la STC 37/1981 (FJ 3) se viene afirmando que la legislación mercantil mencionada en el art. 149.1.6 CE incluye “la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales”. En este mismo sentido resolvió la STC 96/1996, FJ 30, que “las normas que disciplinan este tipo de contratos (los contratos de arrendamiento financiero) con carácter general y abstracto, no forman parte de la ordenación del crédito. Son parte integrante, por el contrario, de la legislación mercantil”. Igualmente, la STC 118/1996, FJ 40, sostuvo que “las normas que disciplinan los contratos de arrendamiento de vehículos, con carácter general y abstracto, no forman parte de la materia competencial relativa al transporte, sino de la legislación mercantil (art. 149.1.6 C.E.).

Por añadidura, la posición que sostiene la mayoría, según la cual las relaciones jurídicas en las que interviene un consumidor se inscriben en la materia competencial “legislación civil”, aboca a que solo pueda apreciarse la existencia de la materia “legislación mercantil” cuando las dos partes de la relación jurídica sean empresarios; entendimiento reductor que es inasumible desde los fines de unidad de mercado que justifican la atribución en exclusiva al Estado de la materia “legislación mercantil”.

3. Contenido y alcance del concepto constitucional de “desarrollo”

3.1. El art. 149.1.8 de la Constitución solo autoriza el “desarrollo” (además de la conservación y modificación) de los derechos civiles forales o especiales que preexistiesen a su promulgación.

En efecto, la doctrina constitucional recaída sobre la noción de “desarrollo” del derecho civil foral o especial siempre ha exigido la existencia de una conexión con el Derecho propio “vigente al tiempo de promulgarse la Constitución”, no con el Derecho propio surgido después de la Constitución. La citada STC 95/2017, adoptada por unanimidad por el mismo Pleno que ha conocido el presente recurso, lo dice en estos términos: “(...) la institución o principio jurídico integrante de un Derecho civil especial respecto del que se pretenda trazar una conexión que justifique una legislación autonómica innovadora en materia civil, si bien puede estar recogido en cualesquiera normas positivas o consuetudinarias, *debe estar vigente al tiempo de promulgarse la Constitución, pues la ratio de esta atribución competencial a las Comunidades Autónomas es la garantía del Derecho civil especial o foral que rigiera en su territorio en aquel momento*”.

La sentencia de la mayoría, de la que disentimos, sin embargo atribuye a la comunidad autónoma de Cataluña competencia para “legislar sobre aquellas instituciones que ya aparecieran recogidas en su ordenamiento jurídico a la entrada en vigor del texto constitucional, *en su ordenación posterior* o bien tengan conexión con ellas (STC 40/2018, de 26 de abril, FJ 5)”. La incorporación de la expresión “en su

ordenación posterior” es completamente novedosa y totalmente ajena a la justificación constitucional de la correspondiente competencia, a saber, la garantía del Derecho civil propio existente en el momento de promulgarse la Constitución, no ningún otro posterior.

3.2.- El citado “desarrollo” implica la conexión con una institución o un principio informador del derecho civil catalán.

La STC 95/2017, que, como se ha indicado, fue adoptada por unanimidad por el Pleno en su composición actual, estableció, recogiendo la doctrina de la STC 88/1993, respecto al criterio de la conexión, “que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan”.

La formulación de este criterio flexibilizó al máximo la idea de conexión, admitiendo en aquel caso que la regulación de la propiedad temporal impugnada tenía una cierta conexión con principios peculiares del derecho civil catalán. La sentencia de la que discrepamos da un paso más adelante, pues, aunque nominalmente conserva esta exigencia de conexión, la aplicación que hace de ella es tan sumamente abierta que dicho requisito queda diluido hasta prácticamente desaparecer. Sobre esto volveremos en el punto 5.

4. Contenido y alcance de la materia competencial “bases de la obligaciones contractuales”

Aun cuando la lectura de la sentencia de la mayoría da la impresión de que el Tribunal nunca ha abordado antes esta materia, debe recordarse que la citada STC 41/2018, recogía por referencia a resoluciones anteriores, cuál era el sentido de las *materias competenciales enunciadas en el segundo inciso del art. 149.1.8 CE, entre las cuales se cuenta la de “bases de la obligaciones contractuales”*. Señalaba que “el

sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 79, citando la doctrina de la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1)”. Lo cierto es que la materia “bases de las obligaciones contractuales” es un ámbito material reservado íntegramente al Estado y no, como la sentencia de la mayoría afirma, una materia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas en torno a la distribución bases-desarrollo.

La sentencia de la que disentimos no se limita a producir esta mutación constitucional, sino que da un paso más, al interpretar que, en este contexto, las bases que incumbe adoptar al Estado deben reducirse a meros principios muy generales. Con esto se desconoce que, como se insistirá más adelante, los dos primeros Títulos del Libro IV del CC prevén no solo principios sino reglas con mucha densidad normativa, que se proyectan transversalmente sobre todos los tipos contractuales, a modo de, precisamente, verdaderas bases de las obligaciones contractuales.

Con este entendimiento tan alejado del enunciado constitucional, la sentencia anticipa el criterio devaluador que después, en el FJ 6, reiterará con relación a las bases contractuales, al señalar “que el legislador estatal no [las] ha establecido formalmente”, omisión que, conectada con la constatación de competencias compartidas, asienta el punto de partida para la negación ulterior de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

5. El proceso deductivo seguido en la aplicación de la doctrina constitucional:

5.1. La aplicación del criterio de conexión con el derecho civil contractual que preexistía a la Constitución en el ordenamiento jurídico catalán.

El fundamento de nuestra discrepancia se proyecta sobre los dos ámbitos de interpretación que suscita el art. 149.1.8 CE y sobre la denominada segunda reserva.

En primer lugar, procede, pues, determinar el punto de conexión entre la norma y/o institución del derecho civil foral o especial preexistente en el momento de entrada en vigor de la Constitución y la norma en la que el legislador autonómico lleva a cabo la modificación o desarrollo.

La sentencia, FJ4, concentra la mayor parte de su examen al respecto en el análisis del contrato de compraventa, pues no en vano, como proclama el preámbulo de la Ley 3/2017, éste es el paradigma regulatorio de los contratos de intercambio. Admite la resolución que la regulación contenida en la Compilación era “indudablemente incompleta”; se detiene en aspectos cuantitativos de la recodificación y, tras ese recorrido, y “valorando el ordenamiento civil autonómico en su conjunto”, determina que “aun no siendo completa y detallada, se incardina [la regulación en cuestión] de manera natural en aquel originario libro de la CDCC”. Para conformar ese criterio decisorio se acude a la ayuda de referencias de derecho histórico sobre la rescisión por lesión *ultra dimidium* y de la venta a carta de gracia, singularidades que se elevan a la categoría de instituciones que, “independientemente de su vigencia histórica a que nos hemos referido, ocupan un lugar central en la reglamentación contractual de la compraventa”.

No se dan ni se buscan razones para tales conclusiones. El reconocimiento del CC como marco de un cuerpo normativo completo para la compraventa civil y del CCo para la mercantil, en este último caso fragmentario, que la propia Ley 3/2017 proclama en su preámbulo, no impide que se fuerce el camino de las conexiones. Tampoco se indaga en fuentes de autoridad como la jurisprudencia emanada primero del Tribunal Supremo y, después, en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para comprobar la genuina vigencia de lo que ese preámbulo identifica como disposiciones aisladas, cuyo alcance y vigor jurídico la sentencia expande.

Para reforzar la argumentación, añade la resolución de la que discrepamos un apunte sobre la conexión de las figuras jurídicas en cuestión con el ordenamiento en el que pretenden integrarse, y, aunque admite que “es innegable que, a diferencia de su precedente legislativo, la Ley 3/2017 en su art. 3 ahora acomete una regulación completa”, rebaja el alcance de ésta argumentando que “se trata en algunos casos de modalidades contractuales que, si bien no estaban presentes en la Compilación de 1960, participan de la naturaleza contractual de la compraventa y por ello no son ajenas al derecho civil catalán susceptible de desarrollo”.

Lo anteriormente resaltado pone de manifiesto, a nuestro parecer, las debilidades y omisiones del proceso deductivo seguido, en el que la especialidad de una norma se ha erigido en fuente de regulación del paradigma de los contratos regulatorios, la compraventa. El juicio de inferencia sobre el punto de conexión ha quedado así vacío de contenido, pues siempre se podrá encontrar, si hay voluntad de hacerlo, alguna referencia que conecte entre sí las distintas instituciones y peculiaridades de un ordenamiento jurídico.

Para concluir este primer bloque de apreciaciones sobre la aplicación de los criterios de preexistencia y punto de conexión, se impone una referencia al tratamiento de la compraventa de consumo. Admite la sentencia el contenido multidisciplinar de la figura, alude al conglomerado de muy diversas normas sectoriales que pueden incidir directamente en la defensa del consumidor y usuario y, retornando al selectivo encuadramiento competencial definido en el FJ 2, sostiene que “Cataluña tiene asumida competencia legislativa no solo en materia de contratos civiles (art. 129 EAC) sino también en la de consumo (art. 123 EAC), lo que le ha permitido contar entre otras leyes, con un código propio de consumo”. Planteado en estos términos, el juicio de inferencia se resuelve concluyendo que el legislador catalán no incurre en extralimitación de competencias al regular la compraventa de consumidores.

Esta última competencia, que se inscribe dentro de la protección del derecho público de consumo, no afecta al título competencial de referencia, art. 149.1.8 CE, pues

es notorio que las comunidades autónomas que carecen de derecho civil especial o foral, también disponen de dicha competencia, cuyo ejercicio ha dado lugar a la promulgación de sucesivas leyes conformadoras del estatuto del consumidor.

En definitiva, a las debilidades que presenta el punto de conexión entre las disposiciones aisladas de la Compilación y la compraventa civil, se adiciona ahora una justificación competencial que queda extramuros del derecho privado y se aparta, sin explicación, de la nítida doctrina recogida en la STC 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 11, que afirmaba la adscripción de las ventas desarrolladas con los comerciantes en el ámbito del derecho mercantil. No excluía la intervención del legislador autonómico para disciplinar determinados tipos de venta o articular dispositivos preventivos o correctores de los eventuales abusos a que ciertos contratos pueden conducir, pero dejaba muy claro el límite, pues “de lo que se trata es de que a través de tales normas no se produzca un *novum* en el contenido contractual o, en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (STC 88/1986)”.

Las discrepancias anteriores son aplicables al análisis del contrato de permuta, dada su semejanza con el de compraventa.

En el fundamento dedicado al examen de las normas autonómicas relativas a los contratos sobre actividad ajena, FJ 5, se percibe la determinación de reconducir ciertas figuras del derecho sucesorio (la *marmessoria*, el albaceazgo u otra modalidad que incorporaba la realización de gestiones en favor del causante) o del de familia, al mandato, en punto a acreditar la doble nota de preexistencia y conexión. Dado que la comparación no parecía ofrecer término válido, efectúa un recorrido por normas de producción posterior a la Compilación y, entonces sí, aprecia que “la proximidad con el contrato de mandato de todas estas normas de la CDCC y del posterior CCC, una vez más, permite establecer la conexión necesaria que legitima a la comunidad autónoma de Cataluña para incorporarlas al CCC”. Conclusión que extiende a la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Todo ello nos reitera en la percepción inicial de hallarnos ante un proceso deductivo que, partiendo de unas premisas forzadas, llega a un resultado contrario a la doctrina constitucional sentada en torno a la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles o forales.

En efecto, extraer de una peculiaridad de la acción rescisoria (circunscrita a la compraventa de inmuebles) o de la singularidad que dota la causa subyacente (préstamo o prenda) a la venta a carta de gracia, un punto de conexión de tal magnitud que permita crear un sistema normativo completo sobre los contratos transmisivos (de los que la compraventa es paradigma regulatorio conforme proclama el preámbulo de la norma objeto de enjuiciamiento), supone arrumbar la doctrina constitucional en la materia, al hacer descansar la fuerza justificativa de la conexión en singularidades perfectamente integradas en cuerpos normativos completos que el propio legislador autonómico reconoce como tales.

Más aún, en los contratos sobre actividad ajena, la búsqueda de conexión ni siquiera descansa en peculiaridades o disposiciones aisladas como en el caso anterior, pues, sencillamente, no existían en la Compilación y tienen que buscarse en figuras cuya razón de ser no se encuentra en el derecho de obligaciones sino, de forma tangencial, en el de sucesiones y familia.

5.2. Conformidad con la competencia estatal en materia de bases contractuales.

Las bases de las obligaciones contractuales son materia reservada al Estado directamente por la CE y no una habilitación para dictar una mayor o menor normativa básica, y así lo afirma, correctamente a nuestro juicio, la sentencia de la mayoría. Pero esta afirmación inicial rápidamente se abandona y la sentencia de la que disintimos opta por configurar esta materia competencial como compartida, atribuyéndole al Estado la determinación de los elementos básicos y a las comunidades autónomas su desarrollo.

La sentencia dedica una larga disertación doctrinal a la normativa básica, su dimensión formal y material y los distintos escenarios que pueden presentarse, en particular, el relativo a la iniciativa de las comunidades autónomas cuando el legislador estatal no lleva a cabo la concreción formal de lo básico.

Esta incursión sobre la normativa básica contradice la primera premisa apuntada, esto es, la competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales que “en todo caso” corresponde al Estado.

Se afirma a continuación que, dado que el legislador estatal no ha declarado formalmente las bases de las obligaciones contractuales, es preciso inferirlas de la regulación que efectúa el Código Civil, de la que destaca las fuentes de las obligaciones, la fuerza vinculante del contrato y las normas que regulan sus elementos esenciales y efectos. De las categorías citadas extrae la sentencia principios materiales tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio, la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de validez y eficacia del contrato y la defensa de los consumidores.

La anterior enumeración debiera haberse completado con mayor contenido positivo -no sólo con la referencia a principios-, pues también se encuentran en los títulos I y II del Libro IV del CC relevantes concreciones de ellos, como son las clases de obligaciones, sus modos extintivos, la novación y sus tipos, la cesión y, con relación a los contratos, la prueba, su documentación pública o privada, la representación o las reglas de interpretación, entre otras, como en extenso ha analizado la Comisión General de Codificación en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos realizada en el año 2009.

El desplazamiento de la competencia exclusiva al ámbito de la normación básica y la dilución de las bases contractuales por encontrarse éstas en un texto

preconstitucional explican el fallo y, al propio tiempo, configuran nuevas vías de deconstrucción de la doctrina hasta ahora mantenida.

Para la compraventa, se admite que el régimen de prohibiciones establecido en la ley impugnada no coincide con el descrito en el CC, que se aparta del requisito de certeza ínsito en el precio; también admite que hay diferencias en el tratamiento normativo de las arras confirmatorias y penitenciales, en el contenido de las obligaciones del comprador y vendedor y, finalmente, que también existen diferencias en los remedios y acciones de comprador y vendedor. Se entiende, sin embargo, con arreglo a lo razonado en el FJ 6, que ninguna de estas “singularidades” se aparta de los principios básicos aludidos, aunque con ello se esté apartando de forma evidente de la doctrina recogida en el FJ 6 STC 54/2018, de 24 de mayo, que, citada en la Sentencia para justificar la adecuación constitucional, dice exactamente lo contrario de lo que ahora se afirma.

En definitiva, sustituida la competencia exclusiva por la normación básica y diluidas las bases de los contratos en meros principios generales, la decisión final, resulta en efecto, mero corolario.

En razón de todo lo anterior, emito mi voto particular.

Madrid a trece de noviembre de dos mil diecinueve