

BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: FUNCIÓN, CONTENIDO Y UTILIDAD*

Ignacio Varela Castro

Investigador posdoctoral
Universidade de Santiago de Compostela

TITLE: Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad / *The term «bases de las obligaciones contractuales»: its function, content and usefulness.*

RESUMEN: El presente trabajo es un conjunto de reflexiones sobre las «bases de las obligaciones contractuales»; título competencial que el artículo 149.1.8ª de la Constitución reserva «en todo caso» al Estado y que sobre el que, tras cuarenta y seis años de vigencia del texto constitucional, sigue planeando la sombra del desconocimiento y la incertidumbre. A través de un estudio doctrinal y jurisprudencial, se busca arrojar algo de luz sobre una materia sin delimitar en un sistema de reparto de competencias en materia de legislación civil tampoco delimitado.

ABSTRACT: *This paper is a set of reflections on the «bases de las obligaciones contractuales». Article 149.1.8ª of the Spanish Constitution reserves this matter «in any case» to the State and a shadow of uncertainty remains over it after forty-six years of the enactment of the Constitution. Through the study of authors' opinion and case law, the purpose of this paper is to shed some light on an undefined issue in an also undefined system of allocation of legislative powers in the field of civil law.*

PALABRAS CLAVE: competencia, bases de las obligaciones contractuales, obligaciones, contratos, código civil, constitución.

KEY WORDS: legislative power, «bases de las obligaciones contractuales», obligations, contracts, civil code, constitution.

SUMARIO: 1. REFLEXIONES Y GENERALIDADES, NO CONCRECIÓN O DETALLE, ANTE UNA PERTINAZ INCERTIDUMBRE QUE SE HA DE RELATIVIZAR. 2. EXPANSIÓN DEL DESARROLLO COMO PRELUDIO DE LA CONTRACCIÓN DE LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. 3. FUNCIÓN DE LAS BASES EN UNAS NOTAS SOBRE EL INTENTO DE CREAR DOCTRINA POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4. ACERCAMIENTO AL CONTENIDO DE LAS BASES EN TRES NIVELES: LO GENERALÍSIMO, LO GENERAL Y LO CONCRETO. 5. UN APUNTE SOBRE LA CUESTIÓN COMPETENCIAL EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DEL AÑO 2023. 6. RECAPITULACIÓN. BIBLIOGRAFÍA

* El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, sobre «La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español» (Referencia PID2022-138909NB-I00) (investigador/a principal: M.P. García Rubio y J. Maseda Rodríguez) y bajo el amparo del Programa de ayudas a la etapa posdoctoral de la Xunta de Galicia del año 2023.

1. REFLEXIONES Y GENERALIDADES, NO CONCRECIÓN O DETALLE, ANTE UNA PERTINAZ INCERTIDUMBRE QUE SE HA DE RELATIVIZAR

Quien asume la tarea de acometer un estudio técnico-jurídico del artículo 149.1.8ª de la Constitución española se topa ante una sensación de agotamiento: la de quienes dudan que siga valiendo la pena dedicar esfuerzos al análisis de unas reglas sobre reparto de competencias legislativas en materia de Derecho civil que también se consideran agotadas¹. No es preciso comenzar este trabajo con la lista de adjetivos que ha vestido la crítica del citado precepto. Tampoco he de llenar una nota a pie de página para recoger apreciaciones que son unánimes: ni hay acuerdo sobre el significado y alcance del artículo, ni los cánones hermenéuticos utilizados por el Tribunal Constitucional presentan estabilidad en su formulación y aplicación.

Quizás no debería extrañar tanto este estado de la cuestión si se admite que falta la hipótesis sobre la que articular el análisis: sigue sin estar claro cuál es el modelo de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de legislación civil que ha querido el constituyente. Hay un momento en la época codificadora española –mediados del siglo XIX– en el que se acepta que el Derecho castellano y las diversas legislaciones civiles existentes en España habrían de convivir *de alguna manera*. En efecto, «lo difícil [era] dar con el cómo»² y esta dificultad sobrevive al artículo 149.1.8ª de la Constitución.

No creo que la plurilegislación civil española esté cuestionada en la actualidad. Como mínimo, no hay duda de que nuestra Constitución consagra la pluralidad y no la plena unidad³ del Derecho civil español, como ya se había hecho en 1974 con la reforma del Título Preliminar del Código civil; reforma de la que ahora se cumplen cincuenta años. Pero este apunte y la idea de que no todas las Comunidades autónomas pueden legislar

¹ GARCÍA RUBIO, María Paz, «Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV (2017), julio-septiembre, nº 3, p. 13, muestra contención en sus afirmaciones. Posteriormente, más tajante en GARCÍA RUBIO, María Paz, «La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre: ¿Interpretación del artículo 149.1.8ª CE asimétrica o sencillamente discriminatoria?», *Foro galego: revista xurídica*, (2018), julio-diciembre, nº 205, p. 37 y en GARCÍA RUBIO, María Paz, «La compraventa en el Código Civil de Cataluña: la lucha entre la uniformización y la diferencia normativas», en AA.VV., *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, Ángel Serrano de Nicolás (coord.), Marcial Pons, 2018, pp. 9-32. También DURBÁN MARTÍN, Ignacio, *La España asimétrica: estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 421.

² Expresión de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Codificación, Código civil y Derecho civiles forales», *Iura Vasconiae*, (2020), nº 17, pp. 24 y ss.

³ Con mucho énfasis, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles forales en la Constitución», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. LXXVIII (1979), julio-septiembre, nº 3, p. 651.

sobre Derecho civil⁴, salvo que uno se adentre en la eventual potencia de las denominadas competencias de contornos imprecisos o de la costumbre⁵, acaso son dos de los muy pocos datos claros. Cuál es dicho sistema de pluralidad civil y su alcance –decía– todavía se desconoce⁶.

Ante este panorama, el jurista opta por un punto de partida –informado por su propio bagaje y/o influido por el punto de arribo querido– para seguir un camino constructivo propio. La letra del artículo 149.1.8ª de la Constitución ha permitido lecturas no solo dispares y muchas veces incompatibles, sino también razonables⁷ que expresan un sistema plurilegislativo civil de mayor o menor magnitud. Todo es objeto, por tanto, de racional toma de postura, crítica y réplica según el modelo que se entienda cobijado en la Constitución.

El hastío inicial al que antes aludía se recrudece cuando del acercamiento al artículo 149.1.8ª de la Constitución en general se pasa al estudio de «las bases de las obligaciones contractuales» en particular; título competencial que el precepto reserva en exclusiva y «en todo caso» al Estado.

Se ha dicho que el significado de dicha expresión es una de las mayores incógnitas del precepto⁸; apreciación que ha sido vertida –no creo que sea coincidencia– en un contexto temporal concreto: con la promulgación en el año 2017 del libro sexto sobre obligaciones y contratos del Código civil de Cataluña que, entre otros extremos, contiene

⁴ Para DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., pp. 94 y 423, hay consenso unánime al respecto.

⁵ Apreciaciones al respecto en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Extensión de la plurilegislación civil española. La competencia legislativa en materia de derecho civil en la STC 31/2010», en AA.VV., *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Carlos Esplugues Mota et al. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 24-25. Para un reciente ejemplo sobre cómo se ha acudido a un título competencial de contornos imprecisos para regular, a lo que ahora interesa, aspectos contractuales, vid. el estudio relativo a las regulaciones autonómicas sobre arrendamiento de viviendas de uso turístico de MESA MARRERO, Carolina, «Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil», *InDret*, (2019), nº 3, pp. 19 y ss.

⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: breve comentario a la STC 132/19, de 13 de noviembre de 2019», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (2020), octubre-diciembre, nº 5, p. 55, se pregunta: «¿Realmente está consolidado el reparto de competencias legislativas en materia civil? ¿Se asume la plurilegislación?». Como digo en el texto, creo que las respuestas a ambas preguntas no van de consuno.

⁷ DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., p. 418.

⁸ CALATAYUD SIERRA, Adolfo, «Hasta dónde se puede y hasta dónde conviene», en AA.VV., *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, María del Carmen Bayod López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 275; DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., p. 114. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Presente y futuro...», op. cit., pp. 15-16, considera que, entre los conceptos ambiguos del precepto, las bases de las obligaciones contractuales es el ejemplo paradigmático.

una exhaustiva regulación del contrato de compraventa. El hecho de que una Autonomía –con indubitada competencia en materia civil– pasase a regular con pormenor dicho contrato, invitaba –a menos que pudiese el desánimo⁹– a plantearse la duda o al menos a reflexionar si dicha regulación era constitucional en atención a la competencia «en todo caso» exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales: se trata del contrato bilateral por excelencia que irradia la racionalidad de su regulación al resto del sistema y que expresa la racionalidad que emana de las reglas generales. A primeras, es razonable pensar que algo de bases tiene que haber en este tipo contractual.

Por supuesto, no es que el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado antes de su Sentencia 132/2019 de 13 de noviembre, atinente a parte de la mencionada regulación catalana, sobre las bases de las obligaciones contractuales. Mejor dicho, no es que no haya incidido sobre la cuestión, por mucho que no haya evocado directamente o dado protagonismo al controvertido título competencial, pues lo cierto es que lo ha hecho desde fechas tempranas. No obstante, sus palabras han sido concretas, medidas y atadas al caso en cuestión. Se podrán extrapolar a otros supuestos junto a las apreciaciones *obiter dicta* que las rodean y apuntalan el razonamiento conducente al fallo; se podrán acumular o estirar en una operación inductiva y generalizante con ánimo de saber qué han de ser las bases de las obligaciones contractuales, si es que este es un proceder correcto¹⁰. Sea como fuere, hasta la mencionada sentencia de 2019 no hay un intento de elaborar una doctrina general sobre tales bases¹¹; propósito que veo redondeado con las apreciaciones realizadas al hilo de dicha doctrina en la Sentencia del Tribunal Constitucional 157/2021 de 16 de septiembre en la que se aborda, a lo que en este trabajo interesa, la constitucionalidad de la reforma de las leyes 495 y 511 del Fuero Nuevo sobre la dación en pago y la cesión de créditos respectivamente.

Recalco la idea de que ambas sentencias vendrían a redondear la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las bases de las obligaciones contractuales¹² porque se hace interactuar este título competencial del Estado no solo con el de desarrollo (primera

⁹ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La compraventa en el Código Civil de Cataluña...», op. cit., pp. 18-19, entiende que, en atención al panorama actual, abordar la cuestión solo puede ser motivo de frustración.

¹⁰ Vid. las advertencias que realiza GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial: algunas propuestas sobre las bases de las obligaciones contractuales», pendiente de publicación, pp. 3 y 7 y ss. Agradezco a la autora que me haya permitido consultar su trabajo.

¹¹ Lo remarca el magistrado Ricardo Enríquez Sancho en su voto particular (apartado VII) a la Sentencia 132/2019. Respecto a la jurisprudencia más temprana, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución: artículo 149.1.8ª*, Trivium, Madrid, 1991, p. 3, entiende que no es suficiente para obtener una «noción operativa» de lo que tales bases son.

¹² En su voto particular a la Sentencia 157/2021, dice el magistrado Andrés Ollero Tassara que esta sentencia da «una vuelta de tuerca» a la doctrina de la Sentencia 132/2019.

sentencia citada) sino también con el de conservación (segunda sentencia) «por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan»¹³. En efecto, la Compilación de Navarra, ley *estatal*, presenta una amplia regulación en materia de obligaciones y contratos sobre la que podría planear la duda de si parte de su contenido corresponde a las bases y, en consecuencia, si la Comunidad de Navarra podría incluso lo mínimo: conservar en ley *autonómica* su propio Derecho.

Cabe apreciar así un esquema de cierre entre elementos vertebradores del insondable sistema recogido en el artículo 149.1.8ª de la Constitución. Otra cosa es que se esté de acuerdo con los razonamientos y/o los resultados; que sea un esquema fiable y perdurable o un intento en vías de frustración. Destacaré que el ponente de la Sentencia 132/2019 ha considerado necesario pronunciar un voto particular a la Sentencia 150/2022 de 29 de noviembre –relativa a una normativa catalana sobre el restablecimiento del equilibrio de las contraprestaciones en arrendamientos de negocio pensada para la época del COVID-19– no por estar en desacuerdo con el fallo, que no lo está, sino con ánimo de contribuir al esclarecimiento de la doctrina iniciada en aquella sentencia. De nuevo, una cosa es la intención de aclarar y otra que así se haya hecho.

Yo no sé si las bases de las obligaciones contractuales son el aspecto más complejo del precepto como algunos han dicho, quizás, animados por las circunstancias del momento. Pero este título competencial presenta una característica que no comparte con las otras materias reservadas en todo caso al Estado que, aunque también complejas, son más concretas: su total indefinición; su absoluta ductilidad. Mucho y poco, incluso todo y nada, se puede meter en las bases, de nuevo, según el bagaje propio y/o las conclusiones anheladas¹⁴.

Aquí se aprecian particulares paralelismo y trabazón entre «bases de las obligaciones contractuales» y «desarrollo». La compartida imprecisión de ambos conceptos insta a ponerlos frente a frente y observar que, en lo que al Derecho contractual se refiere, la

¹³ Ya se sabe que el término «modificación», también recogido en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, suele quedar formalmente en un segundo plano. En atención a la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993 de 12 de marzo, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Doctrina del Tribunal constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de derecho civil», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (1994), nº 4, p. 383, señala: aunque parezca que el concepto modificación «carece de entidad propia, [...] su presencia en el texto constitucional no es inútil, pues evita una interpretación restrictiva del término clave, es decir, el de desarrollo. [...] Papel muy importante, en consecuencia, aunque indirecto, el del término “modificación”, pues potencia claramente al de “desarrollo”».

¹⁴ Análoga reflexión en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, op. cit., p. 1.

contracción de uno conlleva la expansión del otro¹⁵. Creo que esta es otra de las pocas evidencias que existen alrededor del artículo 149.1.8ª de la Constitución. La dificultad radica en trasladar esta idea de lo abstracto a lo concreto. Para tal concreción, reflexionar –como reza el título de este estudio– sobre la *función* que han de cumplir las bases de las obligaciones contractuales permitiría una aproximación a su eventual *contenido*, esbozar alguna conclusión y pronunciarnos acerca de la *utilidad o inutilidad* de este título competencial reservado en todo caso al Estado.

Los anteriores pasos siguen un orden necesario y lógico. Pero desde el comienzo no se puede perder de vista el final. Y digo esto no porque considere que se debe trazar el camino analítico para llegar al resultado querido, sino porque las conclusiones alcanzadas –queridas o no– han de ser sometidas a escrutinio. Todo en el artículo 149.1.8ª de la Constitución ha de cumplir algún cometido¹⁶ salvo que algún método interpretativo avale lo contrario: las bases de las obligaciones contractuales *a priori* han de ser «algo»; un «algo» además de ciertas dimensiones que justifique que sea una de las seis materias reservadas en todo caso al Estado. No obstante, y en un primer acercamiento, para mí las Sentencias 132/2019 y 157/2021 en particular muestran que en la jurisprudencia constitucional dichas bases son «poco» –o «muy poco», incluso– y no creo que las herramientas interpretativas utilizadas sean sólidas para justificarlo.

Que dichas bases sean poco para el Tribunal Constitucional es corolario de lo arriba descrito. La operación de llenado o vaciado del desarrollo (junto a la conservación y modificación) en materia de Derecho de contratos conlleva el llenado o vaciado de las bases de las obligaciones contractuales y las dos anteriores sentencias razonan de forma muy favorable al Derecho civil autonómico. Este esquema dual plantea además una interesante cuestión: cuál de los dos anteriores aspectos merece previa atención y determinación para pasar después al otro. En la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico 2) se opta por abordar primero el desarrollo y después las bases de las obligaciones contractuales. En la Sentencia 37/2022, de 10 de marzo, atinente a una

¹⁵ La doctrina evoca esta idea de alguna manera. *Ibidem*, p. 3; GARCÍA RUBIO, María Paz, «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil: Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI (2019), octubre-septiembre, nº 4, p. 22. También el magistrado Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular (apartado IV *in fine*) a la Sentencia 132/2019 y 157/2021. Pero como apunta DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Doctrina del Tribunal constitucional...», *op. cit.*, p. 364, el Tribunal Constitucional tradicionalmente no ha aludido a las bases de las obligaciones contractuales en relación directa con la competencia autonómica sobre conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles autonómicos.

¹⁶ Desde otra perspectiva, resalta la idea DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles forales en la Constitución», *op. cit.*, p. 657.

normativa catalana sobre contención de rentas en contratos de arrendamiento de vivienda, se dice expresamente lo contrario (fundamento jurídico 4): primero procede saber si la regulación impugnada respeta la competencia exclusiva del Estado en materia de bases de las obligaciones contractuales porque, de no ser así «resultaría irrelevante determinar si [tal regulación] puede ser considerada modificación, conservación o desarrollo». Nótese que la primera resolución es favorable a la competencia de la Comunidad autónoma, no así la segunda. De ahí la duda de si el orden de los factores altera el resultado o el resultado altera el orden y el contenido de los factores.

Que yo no considere acertada –según decía– la formulación de las bases de las obligaciones contractuales que ofrece el Tribunal Constitucional lo hilo también con lo anterior: aceptar con muchísima amplitud la posibilidad de conservar, modificar y desarrollar un Derecho contractual autonómico ha exigido reducir las bases de las obligaciones contractuales a través de maniobras discursivas e interpretativas que pueden resultar etéreas, débiles, contradictorias y que han conducido a dar a dichas bases una nueva e inesperada función. Remarco que en este instante mi crítica se dirige a los argumentos y no al resultado de reducir las bases. Además, en tales razonamientos me atrevo a observar similitudes en la forma con la que el Tribunal Constitucional ha teorizado sobre el término desarrollo. Si este concepto se ha querido rellenar con el criterio de la conexión suficiente que formalmente dice una cosa y materialmente ha dicho varias y distintas, si más que una teoría consolidada se trata de unas directrices mutables sin que parezca posible adelantarse al resultado de su aplicación, si –en definitiva y según se ha dicho– la conexión suficiente «puede llevar a cualquier sitio»¹⁷, atisbo que con la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales puede suceder lo mismo: una especie de colapso.

Reverbera así la advertencia del desánimo ante el esfuerzo que será infructuoso; desaliento que uno casi se pliega a compartir cuando en la Sentencia 157/2021 se apuntala la escisión entre lo civil y lo mercantil. Desde una perspectiva estrictamente competencial, dicho de forma muy resumida, «arrastrar» la materia contractual en general y de consumo en particular al artículo 149.1.6ª de la Constitución (competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil) y esquivar el artículo 149.1.8ª de la Constitución, supone abandonar la técnica por la estrategia. Este y no aquel título competencial presenta particulares escollos en la determinación del contenido de la

¹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles hace cuarenta años. ¿Qué ha cambiado?», en AA.VV., *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, María del Carmen Bayod López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 32.

materia y su titular competencial; aquel y no este afianza a una comprensión restrictiva de la competencia de las Comunidades autónomas en las citadas materias¹⁸: unidad frente a pluralidad regulatoria. Tal estrategia, entre otros aspectos, fue objeto de la crítica realizada a los trabajos de la Sección mercantil de la Comisión General de Codificación (2013-2014)¹⁹; exceso también censurado por el Consejo de Estado²⁰ y de lo que resulta en el año 2018 revisiones, cambios y recortes en los antedichos trabajos que no voy a abordar²¹.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tendido a invocar de forma conjunta y genérica las reglas 6ª y 8ª del artículo 149.1 de la Constitución cuando aborda la cuestión del reparto de competencias en materia de Derecho de contratos y consumo²². Como ya he dicho, se elude tratar el tema de las bases de las obligaciones contractuales; síntoma quizás de la complejidad intrínseca al título competencial que incluso ha llevado a alguna voz a tildarlo de «residual» para poder huir de él²³. Más allá de otras cuestiones de fondo, tal ambigüedad del Tribunal parecería querer garantizar flexibilidad para fundamentar

¹⁸ Este último aspecto lo subrayan los votos particulares de los magistrados Antonio Narváez Rodríguez (apartado III) y Alfredo Montoya Melgar (apartado XI) a la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019 cuando critican que la resolución, al analizar el encuadre competencial para regular la compraventa de consumo, prescindía del artículo 149.1.6ª de la Constitución. Hasta la fecha, remarcan los votos particulares, en materia contractual el Tribunal Constitucional siempre había aplicado conjuntamente las reglas 6ª y 8ª del artículo 149.1 de la Constitución.

¹⁹ Con pormenor, GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho Civil*, vol. I (2014), enero-marzo, nº 1, pp. 12 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen «Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código mercantil: Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica», *Revista de Derecho Civil*, vol. I (2014), octubre-noviembre, nº 4, pp. 27-65; OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «El anteproyecto de Código mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. I (2014), julio-septiembre, nº 3, pp. 58 y ss.; GARCÍA RUBIO, María Paz, «Hacia un nuevo código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación», en AA.VV., *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, Encarna Roca Trías (dir), María del Carmen Cazorla González-Serrano (coord.), Thomson Reuters-Civitas, 2015, pp. 64 y ss.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 837/2014, de 29 de enero de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Código mercantil*, en particular consideración 9ª. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>.

²¹ Destaco, por un lado, la muy sustancial reducción de la parte general sobre obligaciones y contratos mercantiles y, por otro, el mantenimiento de una exhaustiva regulación de la compraventa mercantil.

²² Por ejemplo, Sentencias 88/1986, de 1 de julio (fundamento jurídico quinto), 264/1993, de 22 de julio (fundamento jurídico quinto), 157/2004, de 21 de septiembre (fundamento jurídico undécimo), 54/2018, de 24 de mayo (fundamento jurídico sexto) y 13/2019, de 31 de enero (fundamento jurídico tercero).

²³ *Vid.* el planteamiento de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, op. cit., pp. 56 y ss. y sus consecuencias: eventuales dificultades para encontrar fuera del artículo 149.1.8ª el apoyo para la competencia exclusiva del Estado en materia civil cuando así la sostiene, dado que la autora se aviene a la tesis de que dicho precepto solo atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las materias que «en todo caso» le son reservadas (pp. 19-20).

futuros pronunciamientos²⁴, evitar que una afirmación categórica le condicione o le haga desdecerse o, incluso, no perder un asidero para apostar por la competencia exclusiva estatal ante la eventualidad de que se vacíe de contenido el concepto de las bases de las obligaciones contractuales; proceder matizado y que acaso permitiría vislumbrar un cambio de orientación cuando las Sentencias 132/2019 (fundamento jurídico 2) y 72/2021 de 23 de abril (fundamento jurídico 4), atinente a una regulación extremeña en materia de consumo, señalan respectivamente que no solo la compraventa de consumo, sino que los contratos con consumidores «en general» son «en principio» materia civil a abordar desde el artículo 149.1.8ª de la Constitución. Pero, como he adelantado, la posterior Sentencia 157/2021 insiste en la división entre lo civil y lo mercantil y la lectura conjunta que quepa hacer de estas resoluciones a tal respecto variará tanto como varían las lecturas del artículo 149.1.8ª de la Constitución en su globalidad. Intuyo cierta desconexión y eventual contradicción entre estas resoluciones temporalmente muy próximas, así como la imposibilidad de anticipar cómo el Tribunal Constitucional comprenderá la relación entre las reglas 6ª y 8ª del artículo 149.1 de la Constitución en próximas ocasiones. De nuevo, impresiones similares a las que provocan sus palabras sobre la conexión suficiente.

Ante el panorama anterior, donde impera la incertidumbre, no es de extrañar la posición que recientemente se ha adoptado desde la Sección civil de la Comisión General de Codificación en sus trabajos relativos a la modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil. La Propuesta de modernización del año 2009 (apartado X de la Exposición de Motivos) señala de forma específica y muy categórica que la reforma de los dos primeros títulos del Libro IV del Código se plantea con fundamento en la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales. No hay duda –se reitera– de que todos los preceptos de dichos títulos son de tal naturaleza (bases). De forma genérica (artículo octavo) se apunta que la totalidad de la reforma, lo cual incluye los cambios propuestos para la regulación del contrato de compraventa del Código, se presenta en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado ex artículo 149.1.8ª de la Constitución²⁵. Se observa, conforme a lo explicado, que se trata de una toma de postura de expansión de la competencia del Estado que supondría la contracción de la de las Comunidades Autónomas aludidas. No obstante, el texto revisado de la Propuesta del año 2023 guarda absoluto silencio sobre la cuestión competencial; silencio que acaso es expresión de un ánimo por evitar una controversia

²⁴ Desde otra perspectiva, similar reflexión en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, op. cit., p. 29, nota a pie de página 11, al referirse a la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre.

²⁵ En su voto particular a la Sentencia 132/2019, el magistrado Alfredo Montoya Melgar (apartado XI) apunta que el listado de materias que la resolución considera bases de las obligaciones contractuales se debería haber ampliado en atención a lo expresado en esta Propuesta de 2009.

que se ventila más allá de lo jurídico, de un esfuerzo que se quiere soslayar por considerarse baldío o que se opta por postergar a otro momento o instancia distintos²⁶.

Yo no busco comenzar mi discurso con un derrotismo injustificado –pues las dificultades de una materia y la norma que la regula no es algo exclusivo del tema competencial– con el que anunciar una renuncia al análisis riguroso, aunque ya advierto que alguna renuncia me he visto obligado hacer. No obstante, el artículo 149.1.8ª de la Constitución se presenta como una «norma en blanco»²⁷ respecto de la cual se ha pedido de más al Tribunal Constitucional²⁸, quien ha tenido que realizar una labor constructiva más que interpretativa de la norma²⁹ ante la ambigüedad de nuestro sistema civil plurilegislativo. Y dado que el vacío precepto ha sido henchido –decía– con inopinados elementos exógenos de resultados variables, la distancia que se crea entre cualquier estudio y la aplicación real de la norma se muestra acusada; acrecentada y persistente, después de cuarenta y seis años de vigencia de la Constitución. Es este distanciamiento, no la dificultad analítica, lo que hace dudar de la oportunidad del análisis.

Además, la indefinición del sistema civil plurilegislativo como muestra de una tensión constante entre unidad y pluralidad de legislaciones y legisladores civiles no es neutra sino buscada. Ha valido como cauce de otro debate heredado del pasado: una tensión constante entre unidad nacional o pluralidad de naciones³⁰. Es expresión de una falta de compromiso que, a través de la letra del 149.1.8ª, ampara discordantes «concepciones de España, de su historia y de su futuro»³¹. Preguntarse para qué sirve un código civil o cuáles son las funciones y las utilidades de la unidad y la uniformidad y de la pluralidad y –a veces– la semejanza en materia civil, admite respuestas desde diversas perspectivas. Pero frente a la técnica y el servicio al ciudadano y lo cotidiano³², ha pesado

²⁶ Nótese que, siendo integrante del grupo de trabajo encargado de realizar la revisión de la Propuesta en el año 2023, GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de modernización reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. XI (2024), abril-junio, nº 2, p. 3, señala expresamente que se abstiene de abordar la cuestión, aunque sea mínimamente, no solo por un tema de espacio, sino además porque entiende que «hace tiempo que dejó de ser jurídica».

²⁷ Así califica el precepto GARCÍA RUBIO, María Paz, «Presente y futuro...», op. cit., p. 4.

²⁸ CALATAYUD SIERRA, Adolfo, op. cit., p. 277, señala que hacer trabajar una y otra vez al Tribunal Constitucional para aclarar el inseguro marco constitucional no es lo más conveniente ni eficaz. Para el autor, cada recurso de inconstitucionalidad interpuesto no deja de ser un fracaso del sistema.

²⁹ DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., p. 449, señala que la labor del Tribunal Constitucional habría de ser la de interpretar el bloque de constitucionalidad y no subsanar sus lagunas acudiendo a criterios hermenéuticos de dudosa procedencia como, por ejemplo, la conexidad.

³⁰ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Codificación, Código civil...», op. cit., pp. 24 y ss.

³¹ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., pp. 22-23.

³² *Ibidem*, pp. 36-37: «El señor del Derecho civil no es el soberano, sino los ciudadanos».

demasiado la dimensión territorial de la cuestión³³ y ello ha enturbiado el análisis del texto constitucional. No se trata de que su máximo intérprete haya dicho esto o lo otro en diversas ocasiones, sino que lo ha hecho respecto de una u otra Autonomía, supuestamente con fundamento en los mismos criterios y con el resultado de minimizar o extender la competencia sobre legislación civil de esta o aquella Comunidad. Ello se ha sentido como un agravio comparativo entre Autonomías, incluidas aquellas que carecen de competencia en materia civil³⁴, en lo que se ha descrito como un ambiente de enfrentamiento, conflictividad y dificultades en la coexistencia de los Derechos civiles españoles³⁵; percepciones que han incidido en el «tono» de algunas de las voces que, a lo largo de estos años, han abordado el artículo 149.1.8ª e –intuyo– también han espoleado el cambio de interpretaciones y posiciones sobre nuestro sistema³⁶. Para mí, esta más o menos punzante agitación amenaza con condicionar el análisis jurídico³⁷ y, en consecuencia, es el segundo de los factores que desalienta acometerlo.

Con todo, el anterior contexto no tiene por qué ser del todo desalentador. En primer lugar, porque creo que esa acentuada lejanía entre el eventual análisis y la realidad aplicativa del art. 149.1.8ª de la Constitución autoriza libertad en la reflexión, que no se ve constreñida por una pila de datos inequívocos ni una construcción teórica firme.

En segundo lugar, porque ante las interferencias que rodean el análisis, uno puede –advertido– tratar de ignorarlas. Por mucho que estén ahí³⁸, creo que procede actuar así. No solo por no querer participar en una contienda donde muchos de los argumentos provienen de las entrañas o porque considere que en estas líneas sobra cualquier manifestación sobre un trasfondo político y territorial que se ha querido instalar tras la cuestión de nuestra plurilegislación civil. En verdad creo que se habría de insistir en una idea que menciona DELGADO ECHEVERRÍA y de la que devendrá un debate en lo jurídico y el sosiego: la plurilegislación civil española es una «cuestión *en sí menor*, pero expresiva de

³³ Como si de una obsesión se tratase, apunta GARCÍA RUBIO, María Paz, «Hacia un nuevo código...», op. cit., p. 90, nota a pie de página 67.

³⁴ Vid. las reflexiones de DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., pp. 428 y ss.

³⁵ Evocan estas tres ideas respectivamente DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., p. 22, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Plurilegislación civil...», op. cit., p. 50, y el voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos (fundamento 4) a la Sentencia 133/2017, de 16 de noviembre, atinente a la regulación sobre la adopción y a la autotutela de la Ley de Derecho civil de Galicia.

³⁶ No he de aludir a ningún autor o magistrado respecto de lo que es una apreciación individual mía. Quizás el lector la comparta al consultar los materiales utilizados en este trabajo u otros, pues no he sido exhaustivo en la cita.

³⁷ Reflexión cercana en GARCÍA RUBIO, María Paz, «Incertidumbre...», op. cit., p. 39.

³⁸ Como dice DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., p. 32, «el rostro político de la cuestión, hoy más conflictiva que hace cuarenta años, es insoslayable».

los graves problemas históricos de fondo en la articulación de las distintas Españas»³⁹. Y situada la cuestión en su cotidiano contexto donde también se destilan, aunque de otra manera, cuestiones de Estado –según decía, la atención a la persona y sus relaciones–, también se podrá relativizar no solo parte del argumentario que se ha querido magnificar sino la cuestión en sí para mirarla con calma.

Yo he llegado a la conclusión de que la insistente pregunta o tensión entre pluralidad o unidad civil, que detecto latente siempre que se aborda la cuestión competencial, es una espiral de distorsión. Por un lado, porque resulta casi imposible desligarla de esa dimensión consolidadora del poder y la identidad del Estado-nación que acabo de apartar de mi análisis, que mueve el debate a un plano distinto de lo técnico y que, no está de más recordar, forma parte de una concepción de las funciones y utilidades de la legislación civil más propia de la codificación decimonónica que del siglo XXI⁴⁰. Por otro lado, porque en realidad es una dicotomía falsa que contamina la observación. Y digo esto porque, en lo más subyacente, acaba conduciendo el debate a dos opciones: lo correcto o lo incorrecto, lo respetuoso o lo irrespetuoso, el valor o el disvalor, la igualdad o el agravio. Pero en realidad, la opción entre unidad y pluralidad civil responde a múltiples y legítimos intereses y razones de oportunidad que no se ajustan a una dualidad entre lo bueno y lo malo⁴¹. Dicho con amplitud, hay quien se pregunta qué sentido tiene la diversidad regulatoria en materia contractual, más aún en casos de convergencia en las soluciones y en la transposición del Derecho europeo⁴²; a lo que otros dirán qué sentido no tiene.

Tampoco se puede perder de vista que inclinarse, en mayor o menor medida, por una u otra orientación en ningún caso supone «tocar» algún elemento o valor esencial y fundante del ordenamiento jurídico que lo haga tambalear. La realidad plurilegislativa española está sujeta a principios inmanentes del sistema y no dejada a la arbitrariedad, al igual que lo estaría una eventual unidad. Y, en todo caso, ni esta eventual unidad de

³⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Codificación, Código civil...», op. cit., p. 53. La cursiva es añadida.

⁴⁰ BARBA, Vincenzo, «¿Es tiempo de codificar?», pendiente de publicación, p. 4, considera las características aludidas en el texto, junto a otras, como propias de los denominados «códigos de primera generación», no de posteriores. Agradezco al autor que me haya permitido consultar su trabajo.

⁴¹ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., p. 25, dice que la pluralidad civil española no es un mal, sino un bien enriquecedor o, al menos, una realidad legítima. Creo que tiene razón el autor, al igual que la tendría quien en abstracto, con fundamento en diversos argumentos, pondere una eventual unidad de legislación civil. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La destrucción de la obra codificadora», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, (2020), nº 7, p. 22, señala que la Sentencia 132/2019 sienta las bases para la «destrucción total» de uno de los objetivos de la tarea codificadora: la unificación del Derecho civil español; parecer frente al que cabría aducir las bondades sobre la pluralidad y que la total unificación no es en sí misma un ideal irrenunciable.

⁴² GARCÍA RUBIO, María Paz, «Presente y futuro...», op. cit., pp. 22 y 29-30.

legislación civil⁴³ ni nuestra actual pluralidad se sitúan en la mencionada sustancia del Derecho; son aspectos *circunstanciales*.

Además, estimo que no siempre se han orientado acertadamente esas críticas que apelan a la falta de predictibilidad en la aplicación de las normas, inseguridad jurídica o quiebras del sistema plurilegislativo español⁴⁴; es necesario diferenciar dos planos para dirigir correctamente el reproche. Un sistema jurídico ha de aspirar a la coherencia y el sistema en la ordenación de su legislación al servicio de la ciudadanía y los valores informantes de su tiempo. Aquí se ubica la discusión sobre la oportunidad de código civil⁴⁵: en sí y dentro de *un mismo* sistema. Pero cuando se aborda la plurilegislación civil –y más allá de esa discusión sin fin sobre la opción entre unidad o pluralidad que ya he apartado– ha de tenerse presente que se habla de *distintos* regímenes jurídicos⁴⁶: desde la perspectiva de su *propia existencia* –hacia adentro– se abordan los aspectos de cohesión que se acaban de mencionar, mientras que desde la perspectiva de su *coexistencia* –hacia afuera– las disfunciones que se citan al comienzo de este párrafo se ventilan a través de normas de Derecho interregional privado⁴⁷; materia que en su totalidad y «en todo caso» es competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.8ª de la Constitución. Es decir, que la plurilegislación civil no es *per se* impedimento para su solución⁴⁸. Y en mi ánimo por relativizar toda esta problemática, habré de recordar que cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional alguna normativa civil de las Autonomías por una cuestión de competencia, mantiene la aplicación de la normativa expulsada a las situaciones jurídicas consolidadas durante su vigencia⁴⁹; lo cual da cuenta de la poca medida en que su existencia ha trastocado el Derecho español.

⁴³ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., p. 33, lo recalca frente a las críticas a nuestro sistema plurilegislativo.

⁴⁴ Vid. la mención que hace DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., pp. 467 y ss. a tales «riesgos» cuando se plantea una reforma constitucional que admita formalmente una plurilegislación civil más intensa y clara y cómo pretende combatir/desmentir aquellos con razonamientos distintos a los que yo utilizo en el texto.

⁴⁵ Me remito de nuevo a BARBA, Vincenzo, op. cit., *passim*.

⁴⁶ Lo dice la propia rúbrica del Capítulo V del Título preliminar del Código civil: «Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles *coexistentes* en el territorio nacional». La cursiva es añadida: solo pueden *coexistir* dos o más realidades *distintas*.

⁴⁷ La propia Sentencia 157/2021 (fundamento jurídico octavo) que se muestra muy favorable respecto a la competencia de Navarra para legislar en materia de obligaciones y contratos, aplica el indubitado criterio de que las normas para resolver conflictos de leyes es una materia que en su totalidad corresponde exclusivamente al Estado con el fin de declarar inconstitucionales un inciso de la Ley 11 y la totalidad de la Ley 12 del Fuero Nuevo. Recuerda que la Constitución «optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes».

⁴⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., p. 36, recalca que otra cosa es que el Estado ejerza mal, «por omisión negligente», esta competencia en todo caso suya.

⁴⁹ Como ejemplo de una cuantiosa regulación autonómica expulsada del ordenamiento, pero mantenida en su aplicación a las situaciones jurídicas consolidadas bajo su régimen, *cfr.* las Sentencias 82/2016, de 28

Opino, efectivamente, que la cuestión competencial es en sí menor; afirmación que hago respecto a otras realidades que reciben respuesta desde el Derecho civil y que sé que no gustará. Pero entiéndase que así lo digo para apelar a la medida, no con ánimo de banalizar nuestra situación de incertidumbre. Y una vez minimizado lo que ha sido magnificado, ubicada la cuestión en adecuados límites y dejadas atrás posibles distracciones, en la indefinición de nuestro sistema civil plurilegislativo –que se me presenta ya no tanto como un problema que exige solución apremiante, sino casi como una condición innata de nuestro ordenamiento–, procede un acercamiento al artículo 149.1.8ª de la Constitución en clave normativa y de técnica-jurídica que –reitero– ha de otorgar algún cometido a todas las piezas del precepto.

En lo que sigue no hay detalle o exhaustividad analítica, sino reflexiones generales con las que –según decía– trato de aproximarme a la función y contenido de las bases de las obligaciones contractuales. Con tal fin, aludo al ambiente de indeterminación del sistema y las vicisitudes sufridas por el concepto «desarrollo». Ello permite introducir en el discurso esa lógica de expansión y contracción que se establece entre este término y el de «bases de las obligaciones contractuales» (epígrafe 2) y tener presente las semejanzas en el tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dispensado a ambos conceptos al realizar alguna anotación acerca de la función de las bases en atención a la más reciente jurisprudencia (epígrafe 3). Prosigo con una exposición «en tres escalones» con la que reflexionar sobre el contenido de las bases bajo ese prisma de utilidad o inutilidad y para cuya construcción me sirvo de pronunciamientos tempranos y actuales del Tribunal Constitucional en materia contractual arrancados completamente de su caso y contexto (epígrafe 4). Se me podrá achacar que es un proceder artificioso, pero se trata de un mero ejercicio donde trato de apostar por la reflexión y no por el dato concreto en un ámbito sin cerrar y absolutamente movedizo. Finalizo con unas breves impresiones que me genera la eventual reforma del Código civil en materia de obligaciones y contratos desde la perspectiva competencial (epígrafe 5).

de abril, 110/2016, de 9 de junio y 192/2016, de 17 de noviembre, sobre distintas leyes valencianas en el ámbito del Derecho de familia. En torno a la aplicación del artículo 164 de la Constitución y, sobre todo, del artículo 40 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional para determinar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional trae a colación el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) para no restringir la aplicación del último precepto citado a preservar la cosa juzgada, tal y como expresamente menciona, sino también situaciones jurídicas consolidadas. Para ello, dicho de forma muy resumida, el Tribunal Constitucional afirma que la declaración de inconstitucionalidad tiene eficacia *pro futuro* y niega que tenga eficacia *ex tunc*. Así se pronuncia, en atención a jurisprudencia reiterada, en la Sentencia 93/2013, de 23 de abril de 2013, relativa a la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

2. EXPANSIÓN DEL DESARROLLO COMO PRELUDIO DE LA CONTRACCIÓN DE LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Comenzando con una alusión al precedente, la letra del artículo 149.1.8^a de la Constitución resulta de una combinación del artículo 15 de la Constitución de 1931, el artículo 13 del Código civil tras su reforma en 1974 y de innovaciones en la redacción agregadas en 1978; en particular, respecto de esto último, la expresión «conservación, modificación y desarrollo...». El precepto bebe por lo tanto de dos textos que rompen con la tónica inmediatamente anterior⁵⁰ y resumida en esa conocida frase recogida en la Ley de bases de 1888 y también reproducida en el antiguo artículo 12 del Código civil de que los derechos civiles distintos al estatal se conservarían «por ahora». La expresión resulta de un bagaje que otorgaba a estos derechos el cariz de la transitoriedad, la especialidad e incluso el aire de lo indeseable frente a la aspiración de la unidad de Código; frente a una legislación civil estatal presentada con el aura de lo común y lo preeminente⁵¹. Pero la Constitución sitúa en pie de igualdad todos los derechos civiles españoles, estatal y autonómicos, que sin duda se pueden calificar de comunes en su acepción más conocida⁵²; la Constitución asume la pluralidad y su vitalidad «con normalidad y para la normalidad»⁵³. Cómo, cuánto y hasta dónde la asume, ya he dicho, es lo desconocido.

Se ha instalado el hábito de abordar el análisis del artículo 149.1.8^a mediante su separación en tres incisos⁵⁴, aunque también se ha mirado con reparo las rígidas divisiones⁵⁵ acaso como advertencia para no perder de vista posibles sinergias entre las distintas partes del precepto. Por ejemplo, y a lo que ahora interesa, dado que las bases de las obligaciones contractuales no son toda la materia contractual, hay que mirar a otras partes del precepto para decidir quién puede legislar, y hasta dónde, sobre

⁵⁰ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles forales en la Constitución», op. cit., p. 644 y ss.

⁵¹ Muy crítica con la consideración del Código civil español como Derecho común, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Plurilegislación civil...», op. cit., p. 57; calificación con la que entiende que se presenta el derecho estatal como jerárquicamente superior a los restantes derechos civiles españoles.

⁵² Reflexiona DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Codificación, Código civil...», op. cit., p. 46, que la mejor manera de observar hoy el conjunto de los Derechos civiles españoles es como un solo código sustantivo formado por una parte uniforme y otra plural.

⁵³ Expresión de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., p. 25, cuando apunta que la plurilegislación es nuestra realidad, que continuará y que hay que gestionarla. Una panorámica sobre las ideas reflejadas en este párrafo las ofrece el autor citado (pp. 22 y ss.).

⁵⁴ DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., p. 64, dice que el precepto «se estructura en tres partes visiblemente diferenciadas».

⁵⁵ Reflexiona DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Doctrina del Tribunal constitucional...», op. cit., p. 392: no es posible «entender el muy complejo contenido del art. 149.1.8.º según los moldes estrictos de las relaciones entre reglas y excepciones».

contratos. Dicho esto, y conforme a ese proceder común, el artículo apela en primer lugar a la competencia exclusiva del Estado sobre *legislación* civil⁵⁶. En segundo lugar, apunta que tal competencia se ejerce «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo» de los Derechos civiles propios por *algunas* Comunidades Autónomas («allí donde existan»)⁵⁷. En tercer lugar, el precepto contiene un elenco de seis materias que «en todo caso» se reservan como competencia exclusiva del Estado y entre las que se encuentran las bases de las obligaciones contractuales. El irresoluble debate es cómo hacer encajar estos tres incisos.

Las teorías o aproximaciones al precepto se podrían exponer en diverso número y perspectivas⁵⁸. Pero solo menciono los dos enfoques «más plausibles»⁵⁹ en su momento presentes en el fallo y los votos particulares de la Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, atinente a una regulación aragonesa sobre equiparación de hijos adoptivos.

Por un lado, el discurso oficialmente asumido por el Tribunal Constitucional lee los tres incisos del precepto como regla, excepción y reforzamiento de la regla⁶⁰: es el Estado quien tiene la competencia exclusiva en materia de Derecho civil «sin más posible

⁵⁶ Remarca GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., p. 27, se trata de competencia sobre *legislación* civil (ley positiva) y no *Derecho* civil (construcción jurídico-científica).

⁵⁷ Me abstengo de utilizar la expresión «forales o especiales» del texto constitucional porque, por un lado, el adjetivo de «foral» presenta distintas connotaciones según el bagaje jurídico-cultural de las distintas Comunidades Autónomas. *Vid.* las explicaciones de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Doctrina del Tribunal constitucional...», op. cit., p. 365. Por otro lado, porque parece casi automático pensar que el calificativo «especial» alude a una «posición» de los Derechos civiles autonómicos respecto al estatal; parecería que el término evoca ese halo de anomalía que en el pasado se atribuía a tales derechos. Lo curioso es que en el proceso de redacción del artículo 149.1.8ª se propone añadir el término «especial» para aludir al futuro desarrollo por las Comunidades Autónomas de su Derecho civil al entender que el concepto «foral», utilizado en soledad, responde a una concepción restrictiva de su potestad legislativa. No puedo detenerme en mayores precisiones. *Vid.* BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «La distribución de competencias en materia de legislación civil. De la Constitución española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2007), nº 701, pp. 1102-1103.

⁵⁸ Ya es un lugar común referirse a tesis «foralistas» para aludir a los posicionamientos restrictivos con la competencia de las Comunidades Autónomas y a tesis «autonomistas» para las interpretaciones extensivas de tal competencia. *Vid.* DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., pp. 87 y ss. Original es la clasificación de XIOL RÍOS, Juan Antonio, «Reflexiones sobre la competencia en Derecho civil en el siglo XXI», en AA.VV., *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, María del Carmen Bayod López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 209-210, para quien en términos abstractos hay tres concepciones sobre el artículo: la «foral residual», la «histórico-foral» y la «federal».

⁵⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, op. cit., p. 25.

⁶⁰ Habla GARCÍA RUBIO, María Paz, «Incertidumbre...», op. cit., p. 8, de «reserva competencial reforzada» al referirse a las bases de las obligaciones contractuales como competencia «en todo caso» exclusiva del Estado. Con mucho énfasis, en su voto particular a la Sentencia 132/2019, el magistrado Alfredo Montoya Melgar (apartado X) habla de la «distribución tripartita» y «en tres niveles» del precepto: atribución de la competencia «en principio» al Estado, seguida de un «límite» y este de un «contralímite».

excepción»⁶¹ –si es que procede el uso de este calificativo⁶², lo cual yo dudo en atención a lo ya explicado– que la conservación, modificación y desarrollo por ciertas Comunidades Autónomas de su Derecho civil propio; eso sí, no sin límites⁶³. No obstante, resulta muy difícil saber cuáles son materialmente estos para el Tribunal; suspicacia recalcitrante salvo que se renuncie a la aplastante lógica que reclama detectar el criterio del Tribunal, que habría de ser único. Solo queda claro el mensaje formal de que las Comunidades Autónomas no lo pueden todo⁶⁴; mensaje reiterado en general en las sentencias posteriores⁶⁵ y en particular en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, que rechaza la indubitada opción⁶⁶ del artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de apartarse del planteamiento anterior y seguir el que se expone en el siguiente párrafo⁶⁷. En este contexto, el listado de las competencias «en todo caso» exclusivas del Estado especifica «un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible por tanto, de conservación, modificación o desarrollo» el Derecho civil autonómico⁶⁸. Es decir, reiteración de la regla por mucho que idealmente la conservación, modificación o desarrollo alcanzase las seis materias especificadas⁶⁹.

Por otro lado, el discurso alternativo entiende que el precepto contiene las siguientes dos reglas: determinadas Comunidades Autónomas tienen plena competencia en

⁶¹ Sentencia 88/1993, fundamento jurídico primero.

⁶² Dice DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., p. 84, que la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil «es, simultáneamente, excepcional y exclusiva». Me parece aceptable lo segundo, pero no lo primero.

⁶³ No se trata de «una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas», dice la Sentencia 88/1993, fundamento jurídico tercero.

⁶⁴ Como bien explica XIOL RÍOS, Juan Antonio, op. cit., pp. 210 y ss., en las sentencias del Tribunal Constitucional se entremezclan pronunciamientos formal y materialmente expansivos y restrictivos de las competencias de las Comunidades Autónomas.

⁶⁵ No creo que sea necesario aludir ahora a alguna sentencia en particular. Muchas de las citadas en este trabajo apelan a la doctrina de la Sentencia 88/1993 como referencia.

⁶⁶ Lo ponen de manifiesto EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Competencia en materia de Derecho civil», *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, pp. 340 y ss.; CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *Dictamen 1/2017, de 26 de gener, sobre el Projecte de Llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè*, 2017, pp. 46-48. Disponible en <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20171114131406-1.pdf>.

⁶⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz, «Presente y futuro...», op. cit., p. 15 habla de la «interpretación imposible» del precepto. Para ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, op. cit., pp. 26-28 y 38-39, el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña es inconstitucional, pero aduce motivos más allá de lo meramente político que habrían aconsejado no expulsarlo del ordenamiento. En resumen, que la Comunidad de Cataluña no se quedase formalmente sin título de asunción de competencias en materia de legislación civil.

⁶⁸ Sentencia 88/1993, fundamento jurídico primero, donde se añade que las materias reservadas «en todo caso» no configuran una «norma competencial de primer grado».

⁶⁹ *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, op. cit., p. 30.

materia de Derecho civil al igual que el Estado, sin más límite que las competencias reservadas «en todo caso» a este.

Ante esta dicotomía, hay que señalar que no existe dato que de forma definitiva reclame optar por uno de estos dos caminos interpretativos, que la letra del texto constitucional en abstracto, ampara; el caso es qué sistema tiene cada uno en mente según se priorice una orientación de unidad o pluralidad legislativa.

Quienes se alinean con el discurso oficial dan valor al giro de redacción del artículo 149.1.8ª en su proceso de elaboración: de un texto trasunto de la Constitución de 1931 que reserva una serie de materias al Estado mientras que las restantes podrían ser asumidas por *cualquier* Comunidad Autónoma, se pasa a otro donde la adición de la controvertida frase «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo...» se entiende como una doble restricción: la de los sujetos competentes y la del alcance de la competencia que ya no va más allá de los límites –por elásticos que sean– de la expresada tríada. Y así se sostiene por mucho que se reconozca que el constituyente no da razón del cambio ni de su alcance; por mucho que el intérprete considere que otra opción es mejor⁷⁰. Me resulta sugerente el planteamiento porque se hace en términos de utilidad del texto: un importante cambio de redacción manifiesta un importante cambio de contenido; no se trata de una cuestión de estilo⁷¹. No obstante, y a falta de otras explicaciones en los trabajos de elaboración del precepto, cabe entender que el cambio de redacción supone solo una restricción de los sujetos competentes y no una nueva restricción de la potestad legislativa que alcanza, como en el borrador original, todo lo no reservado «en todo caso» al Estado⁷².

Quienes asumen el discurso alternativo acumulan varios argumentos que tampoco son definitivos. Se dice que la primera apelación a la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil solo alude a las Comunidades sin Derecho civil propio⁷³; argumento al

⁷⁰ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles forales en la Constitución», op. cit., pp. 647-648, que dice que el texto inspirado en la Constitución de 1931 debió de parecer excesivo o inadecuado al legislador. Afirma el autor, en tono crítico ante el cambio: «Del autonomismo al foralismo». En efecto entiende (p. 656) que habría sido «más correcto atribuir la competencia sobre el Derecho civil en su totalidad –con las necesarias limitaciones *ratione materiae*– a las Comunidades autónomas en que hubiera vigente un Derecho civil peculiar». Pero insiste que esta última no es la opción de la Constitución. Reitera en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Doctrina del Tribunal constitucional...», op. cit., p. 368.

⁷¹ Precisamente ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, op. cit., p. 27 y ss. da protagonismo a la interpretación gramatical del precepto para sostener la inconstitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y manifestarse en favor del discurso oficial.

⁷² En este sentido, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, op. cit., p. 1133, a favor del discurso alternativo.

⁷³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, op. cit., pp. 19-20; VAQUER ALOY, Antoni, «La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales», en AA.VV., *La Constitución española y los derechos civiles españoles*

que cabe reprochar la rotura en pedazos de un precepto donde parece difícil negar que la cuestión de la plurilegislación civil impregna la totalidad de sus palabras. Se reflexiona qué sentido tiene que la Constitución reserve «en todo caso» algunas materias que ya no estaban presentes en los Derechos civiles propios y que, según devendría del discurso oficial, en realidad las Comunidades ya no podrían legislar aunque no estuviesen en todo caso reservadas al Estado⁷⁴; apreciación frente a la que cabe decir que un eventual y amplio desarrollo que acercase las legislaciones civiles autonómicas a tales materias daría pleno sentido a todas las reservas⁷⁵. Se afirma que en la interpretación de la Constitución ha de tenerse en cuenta los estatutos de autonomía, normas integradas en el bloque de constitucionalidad, que pueden orientarse hacia el discurso alternativo⁷⁶; pero a ello se puede oponer un argumento de posición jerárquica de las normas: los estatutos no son determinantes en la interpretación de la Constitución, sino al revés. En su caso, habría una especie de constituyente estatutario «*de facto*, pero no *de iure*»⁷⁷.

En línea con lo anterior, se aduce que una interpretación como la que formalmente sostiene el Tribunal Constitucional hace abstracción de la actividad legislativa de las Autonomías inclinadas hacia el discurso alternativo⁷⁸; el artículo 149.1.8ª ha de leerse en atención a la realidad actual y no la de 1978⁷⁹. Aquí se cruzan dos argumentos, uno en la teoría impecable y otro en la práctica realista y favorecido por el propio sistema, que conviven en tensión. Porque si la legislación autonómica no es como tal parámetro de atribución competencial sino resultado –ajustado o no⁸⁰– de la atribuida por la

cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional, María del Carmen Bayod López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 52; voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos (fundamento 3) a la Sentencia 133/2017.

⁷⁴ Voto particular del magistrado Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia 88/1993.

⁷⁵ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, op. cit., p. 30, nota a pie de página 12. De hecho, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles forales en la Constitución», op. cit., p. 657, interpreta las reservas competenciales «en todo caso» del Estado en el sentido de que el sistema visualiza que las Comunidades Autónomas legislen sobre materias sobre las que ni hubo ni hay Derecho civil propio.

⁷⁶ Voto particular del magistrado Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia 88/1993. En la doctrina, EGEA FERNÁNDEZ, Joan, op. cit., p. 341.

⁷⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, op. cit., p. 36. También DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., pp. 231-232, relativiza la virtualidad de los estatutos en la interpretación de la Constitución y las reglas de competencia.

⁷⁸ Como es sabido, es la crítica que en particular se hace a la Sentencia 31/2010. BADOSA COLL, Ferran, «Sentencia 31/2010, de 28 de junio», *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, pp. 337-338; EGEA FERNÁNDEZ, Joan, op. cit., p. 344. Con anterioridad, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, op. cit., p. 1133-1134.

⁷⁹ Muy insistente GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., pp. 10 y 26. La autora se manifiesta a favor del discurso alternativo en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Plurilegislación civil...», op. cit., p. 28.

⁸⁰ Muy crítica ante lo que parece una sospecha casi automática de que los legisladores autonómicos se extralimitan en sus competencias, *Ibidem*, pp. 43 y 51. Cree DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., p. 32, que hay que partir de lo contrario.

Constitución⁸¹, la no puesta en marcha o renuncia a los mecanismos de depuración del sistema⁸² según diversos estímulos acaba integrando en los ordenamientos civiles normas eventualmente inconstitucionales; integración todavía más apuntalada cuando ya se admite⁸³ el desarrollo del Derecho civil propio posterior a la Constitución⁸⁴.

Otro argumento, cuyos términos se han visto modulados por lo que inmediatamente se acaba de apuntar, consiste en denunciar que el discurso oficial limita el alcance de la competencia del legislador autonómico con aleatoriedad pues, por la coyuntura de la época, algunos Derechos civiles preexistentes llegan a 1978 con mayor o menor extensión en su contenido a través de las Compilaciones y –en consecuencia, se entiende– con mayor o menor posibilidad de desarrollo⁸⁵. Aparece aquí la mirada al pasado; argumento histórico del que en esta materia se hace uso con diversos y a veces incompatibles fines: para articular una comprensión restrictiva de los Derechos civiles autonómicos a través de la «garantía de foralidad»⁸⁶, si es que ello supera el mero discurso dialéctico⁸⁷, para reivindicar no solo la recuperación de la competencia de los legisladores autonómicos sino también su amplitud⁸⁸ o para denunciar la paradoja del

⁸¹ Con profusión, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, op. cit., pp. 34-36.

⁸² Recuerda DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., p. 35, que el recurso de inconstitucionalidad está sujeto a plazos de interposición y aduce diversas razones por las que entiende que la cuestión de inconstitucionalidad no es un mecanismo efectivo para la depuración del sistema.

⁸³ Expresamente admitido en la Sentencia 132/2019, fundamento jurídico 3.

⁸⁴ Para ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., «Reparto competencia en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de Derecho Privado*, (2022), nº 3, pp. 29-30, ignorar la legislación posconstitucional resulta perturbador. Entiende que no se crea un nuevo problema, pues una norma preconstitucional objeto de desarrollo también puede ser inconstitucional; apreciación sugerente, pero a precisar en el sentido de que el juicio de constitucionalidad de la normativa anterior a 1978 se basa exclusivamente en criterios sustantivos y no competenciales.

⁸⁵ Voto particular del magistrado Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia 88/1993. En la doctrina, EGEA FERNÁNDEZ, Joan, op. cit., p. 341, VAQUER ALOY, Antoni, op. cit., pp. 57-58.

⁸⁶ La garantía de foralidad ha sido criticada por considerarse un criterio externo a la Constitución, contrario a la manera ya descrita con que esta concibe el panorama plurilegislativo y cercana a planteamientos ya periclitados. *Vid.* los votos particulares de los magistrados Carles Viver Pi-Sunyer y Julio Diego González Campos (quien también se suma al discurso alternativo sobre el artículo 149.1.8ª) a la Sentencia 88/1993. VAQUER ALOY, Antoni, op. cit., p. 59, llega a calificarla de «garantía de petrificación».

⁸⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Doctrina del Tribunal constitucional...», op. cit., pp. 380-381, concluye que es argumento teleológico absolutamente inútil. De «espejismo» habla VAQUER ALOY, Antoni, op. cit., p. 58. Nótese, además, que la Sentencia 88/1993 se tiene como ejemplo de laxitud en la concepción de la «conexión» para permitir el desarrollo del Derecho civil autonómico: DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., pp. 357-358; voto particular del magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón a la Sentencia 133/2017.

⁸⁸ En la doctrina, un ejemplo en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Plurilegislación civil...», op. cit., p. 61. Este enfoque historicista de la competencia fue también la opción del legislador valenciano y a la postre rechazada por las Sentencias 82/2016, 110/2016 y 192/2016 relativas a distintas leyes atinentes a la familia. En sus votos particulares a estas tres sentencias, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos sí acepta la concepción histórica de la competencia del legislador autonómico, con argumentos sobre los que no

propio artículo 149.1.8ª y la tesis de la conexidad dado que, en el irresoluble dilema «historia-desarrollo», la progresiva expansión del desarrollo legislativo diluye el anclaje histórico sobre el que se construye el sistema asimétrico escogido por el constituyente y, en consecuencia, anima a cuestionar por qué no todas las Comunidades pueden legislar sobre Derecho civil en un contexto que se comienza a sentir de injustificada desigualdad⁸⁹. Y ante un Tribunal Constitucional que no acaba de aclarar qué relevancia concede a esos «derechos históricos» que en ocasiones menciona más allá de señalar que no son como tal título competencial⁹⁰, yo solo puedo recordar que el dato histórico es circunstancial y, por tanto, es legítimo concederle una u otra relevancia en atención a interminables razonamientos en ese otro irresoluble dilema «unidad-pluralidad» que acaban yendo más allá del estricto análisis normativo. El punto de partida es lo establecido en la Constitución, legítimamente podría haber sido otro⁹¹ y el Tribunal Constitucional ha escogido una orientación sobre la trascendencia del dato histórico que, ante la ambigüedad de la norma, será más o menos criticable. Pero ante algo coyuntural, estimo que la aleatoriedad que se le achaca es un argumento que decae⁹². Cosa distinta es la indubitada relevancia del dato histórico como método interpretativo de la norma⁹³.

En fin, y ya acabo con los razonamientos a favor del discurso alternativo sobre el artículo 149.1.8ª, se dice que entender que las Comunidades Autónomas pueden legislar sobre cualquier materia salvo las atribuidas «en todo caso» al Estado es el criterio «que se ha aplicado *de facto* pacíficamente durante las dos últimas décadas»⁹⁴; palabras que la realidad desmiente.

Fuera ya del debate sobre cuál de las dos anteriores orientaciones acoge el artículo 149.1.8ª de la Constitución, el discurso oficial, presentado como vía intermedia, no ha

puedo entrar, y se manifiesta en favor de la lectura que los votos particulares de la Sentencia 88/1993 hacen respecto al artículo 149.1.8ª de la Constitución.

⁸⁹ Con profusión, DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., pp. 424-433 y 450-472; quien se muestra favorable a una reforma para instaurar un sistema «simétrico» como el del la Constitución de 1931, al que atribuye cierta aura de racionalidad, dando además por hecho que no es realista pretender igualar a la baja.

⁹⁰ Cuestión excesivamente extensa para tratar aquí. Unas notas en XIOL RÍOS, Juan Antonio, op. cit., pp. 216 y 221, quien dice que se trata de declaraciones, como las recogidas en la Sentencia 31/2010, ya no *obiter dicta* sino *flatus vocis*. No hay contenido real en ellas, dice, salvo que se trata de una moldeable voluntad de ser menos estricto con la conexidad cuando se trata de una u otra Autonomía.

⁹¹ Una afirmación como la de EGEA FERNÁNDEZ, Joan, op. cit., p. 341 de que «el derecho civil catalán no nace con la Constitución» no es asumible desde toda perspectiva; desde luego, no desde la competencial.

⁹² Incluso cabría reflexionar que es aleatorio que las materias en todo caso reservadas al Estado sean las seis elegidas y no más o menos, incluso ninguna o toda la legislación civil; planteamientos, claro está, que la norma como tal ya no aguanta.

⁹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La destrucción de la obra codificadora», op. cit., p. 8.

⁹⁴ VAQUER ALOY, Antoni, op. cit., pp. 78-79, quien pondera además que se trata del enfoque que presenta los contornos más delimitados y seguros sobre la cuestión.

destacado por su virtud⁹⁵: ha permitido resultados materialmente muy dispares con base en ese criterio de la «conexión suficiente» cuyas lindes no se acaban de conocer⁹⁶. En su momento ya se pronostica que la letra del artículo 149.1.8.^a ampararía eventuales regulaciones autonómicas sobre Derecho civil en general «sin otros límites claros» –si es que vale tal calificativo en este ámbito– que las materias en todo caso reservadas al Estado⁹⁷. También, casi a modo de presagio del futuro problema, afirma GONZÁLEZ CAMPOS que el criterio de la conexión deja abierto, entre otros interrogantes, si la proximidad a exigir «debe ser inmediata o también puede ser mucho más remota»⁹⁸; potencial variabilidad que se ha traducido en la coexistencia de sentencias restrictivas con la competencia de las Comunidades Autónomas con otras muy permisivas que, en sus consecuencias, se equiparan al discurso alternativo por mucho que en ellas se siga leyendo en fechas muy recientes que la Constitución garantiza «la existencia de determinados derechos civiles [...] teniendo en cuenta que solo se explican por suponer una particularidad o diversidad respecto de la regulación general contenida en el Código Civil»⁹⁹. Esto sencillamente no es lo que la Constitución visualiza y, en realidad, ni siquiera su máximo intérprete saca verdaderas consecuencias de estas palabras u otras semejantes, como la apelación a la «peculiaridad» de los principios informadores del Derecho propio como exigencia para admitir el desarrollo a través del puente de la conexión¹⁰⁰; apelación a la «peculiaridad» a la que hoy se ha querido dar trascendencia para restringir la competencia de las Comunidades autónomas¹⁰¹. Creo que, en la lógica del Tribunal, lo «peculiar» no es lo privativo o exclusivo del Derecho civil autonómico,

⁹⁵ Será razonable en la teoría, pero es defectuoso en la práctica: DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., pp. 368 y ss. Como dice el magistrado Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular (apartado IV) a la Sentencia 132/2019, «[e]l alcance y contenido concreto de la competencia autonómica en materia civil se halla en una zona con un innegable grado de indeterminación».

⁹⁶ Recalca esto último GARCÍA RUBIO, María Paz, «La competencia del legislador gallego...», op. cit., p. 34.

⁹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles forales en la Constitución», op. cit., p. 658.

⁹⁸ Voto particular del magistrado Julio Diego González Campos a la Sentencia 88/1993.

⁹⁹ Sentencia 157/2021, fundamento jurídico noveno. Más acorde con el fallo, lo que se lee en la Sentencia 132/2019, fundamento jurídico 3 *in fine*: «la propia Constitución le reconoce [al legislador autonómico] y garantiza la posibilidad de alcanzar los tres objetivos deseables para cualquier ordenamiento jurídico, que se cifran no solo en su conservación y modificación, sino también en su desarrollo».

¹⁰⁰ Por mucho que la Sentencia 88/1993, fundamento jurídico tercero, aluda a los «principios informadores peculiares» del Derecho propio en el seno de las reflexiones que conducen inmediatamente a admitir el desarrollo de tal Derecho, también señala en el fundamento jurídico segundo que para valorar si hay o no extralimitación competencial no se puede extraer ninguna consecuencia del hecho de que la regulación autonómica coincida con la estatal.

¹⁰¹ Votos particulares de los magistrados Andrés Ollero Tassara (apartado III *in fine*) y Antonio Narváez Rodríguez (apartado III) a la Sentencia 132/2019. También en el voto particular (*in fine*) del magistrado Andrés Ollero Tassara a la Sentencia 157/2021. En la doctrina, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La destrucción de la obra codificadora», op. cit., p. 8.

sino lo propio o característico entendido como *meramente* apreciable en él, es decir, un calificativo que nada añade¹⁰².

Conexión orgánica en unas ocasiones y conexión institucional en otras, laxitud en la conexión a veces y rigurosidad otras y, en consecuencia, una comprensión respectivamente amplia o restrictiva de la competencia en diversos casos sin que se acabe de entender perfectamente por qué en lo que el Tribunal Constitucional presenta como una jurisprudencia continuista¹⁰³. Si no fuera técnicamente imposible, acaso cabría hablar de varias jurisprudencias.

En una ocasión, GARCÍA RUBIO preguntó al magistrado XIOL RÍOS por qué el Tribunal Constitucional insiste en emplear el criterio de la conexión suficiente, a lo que este respondió, con prudencia y laconismo, que a veces es difícil romper con inercias¹⁰⁴.

Llega el momento en el que el Tribunal ya no puede eludir el abordar las bases de las obligaciones contractuales: ha de juzgar la constitucionalidad desde la perspectiva competencial del libro VI del Código civil de Cataluña sobre obligaciones y contratos –recuérdese– todavía en vías de culminación, no se trata –como en el pasado– de aspectos concretos de la realidad contractual¹⁰⁵ y la Sentencia 132/2019 opta por avalar la expansión del desarrollo a través de la conexión suficiente.

Se apuesta por la vía del crecimiento orgánico del ordenamiento jurídico civil autónomo visualizado «en su conjunto» y se rechaza la conexión institucional¹⁰⁶. Ello

¹⁰² La Sentencia 132/2019, fundamento jurídico 3 *in fine*, prescinde del adjetivo «peculiares» cuando alude a la conexión «el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo [el Derecho propio] y con los principios que lo informan».

¹⁰³ En su voto particular (*in fine*) a la Sentencia 133/2017, dice el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón que el Tribunal «aplica distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil». GARCÍA RUBIO, María Paz, «La competencia del legislador gallego...», op. cit., pp. 13-14, se muestra muy crítica con la «línea argumental aparentemente continuista» del Tribunal Constitucional que, a su entender, en realidad es rupturista en el caso gallego. A lo largo de su trabajo, la autora explica desde distintos ángulos la radical ruptura que esta última sentencia representa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8ª de la Constitución.

¹⁰⁴ Durante el Congreso «La Constitución y los derechos civiles españoles cuarenta años después: Su evolución a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional» celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 13 y 14 de diciembre de 2018.

¹⁰⁵ No estoy de acuerdo con FOSSAS ESPADALER, Enric, «La competència sobre les bases de les obligacions contractuales. Una aproximació constitucional», *Revista Jurídica de Catalunya*, (2014), nº 2, p. 371 cuando plantea que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cabría quizás deducir que, para el Tribunal, la reserva competencial específica sobre las bases nada aporta a la reversa general sobre legislación civil.

¹⁰⁶ Fundamento jurídico tercero. Como dice ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., op. cit., p. 25, no se trata de una verdadera novedad al contrario de lo que, por ejemplo, sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La destrucción de la obra codificadora», op. cit., p. 16. Con anterioridad, ya señala XIOL RÍOS, Juan Antonio,

se aplica con todas sus consecuencias para considerar que la normativa impugnada sobre compraventa, incluida la de consumo, la permuta, el mandado y la gestión de negocios sin mandato¹⁰⁷ «se incardina de forma natural»¹⁰⁸ en el conjunto del ordenamiento vigente y también de la Compilación, por mucho que su incompleta regulación se refiriese de forma más o menos evidente a distintos aspectos de tales contratos. Además, se relativiza el tema de la cantidad para convalidar una extensa producción normativa frente al rechazo en otras ocasiones de regulaciones más acotadas¹⁰⁹; aspecto donde acaso reaparece la sombra de ese otro debate sobre unidad o pluralidad y la pregunta sobre la oportunidad de código que encauza posicionamientos que van más allá de lo jurídico.

Haré tres apuntes. Como evidencia, aunque la conexión se presenta como elemento para evaluar la constitucionalidad del ejercicio de una competencia que se asume como punto de partida limitada conforme al discurso oficial¹¹⁰, la sentencia la acaba utilizando como elemento de potenciación de la competencia en términos materialmente paralelos al discurso alternativo¹¹¹; de ahí el reproche que se le hace¹¹² y que se pueda entender que quienes sostienen este último planteamiento afirmen que la conexión orgánica no es un verdadero impedimento para así articularlo, sin perjuicio del recelo que el criterio causa ante un eventual viraje por parte del Tribunal en su comprensión¹¹³. Como consecuencia, dado que el Tribunal avala la constitucionalidad de toda la regulación impugnada salvo un precepto, se ve en la necesidad de reducir la virtualidad de las bases de las

op. cit., pp. 213, que se trata de una concepción de la conexión que se encontraba «durmiente» en las declaraciones del Tribunal.

¹⁰⁷ Vid. fundamentos jurídicos cuarto y quinto.

¹⁰⁸ La expresión «natural encaje» de la Sentencia 133/2017 (fundamento jurídico séptimo), como si se tratase de un nuevo frente abierto que abordar en esta materia, parece causar desasosiego a GARCÍA RUBIO, María Paz, «La competencia del legislador gallego...», op. cit., p. 18.

¹⁰⁹ En la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico cuarto) se dice: «la inconstitucionalidad de una norma no viene dada por su extensión o detalle, sino por su extralimitación material». En cambio, en la Sentencia 133/2017 (fundamento jurídico sexto) se rechaza lo que se considera un intento de «codificación *ex novo*» de dos materias concretas de la Ley de Derecho civil de Galicia.

¹¹⁰ Fundamento jurídico tercero.

¹¹¹ Nótese que el ponente de la Sentencia 132/2019 en su momento no se muestra de acuerdo con el criterio conforme al cual «la conexión opera como límite para el desarrollo». Vid. su voto particular (apartado II) a la Sentencia 82/2016, donde se manifiesta a favor del discurso alternativo; voto reiterado en las Sentencias 110/2016 y 192/2016.

¹¹² En este sentido, todos los votos particulares. En la doctrina, dice GARCÍA RUBIO, María Paz, «Incertidumbre...», op. cit., p. 26, que no puede compartir «que, a la postre, todo valga como conexión, por indirecta o incluso imaginaria que esta sea». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La destrucción de la obra codificadora», op. cit., p. 16, señala que se prescinde de la conexión, aunque se mantenga en la forma.

¹¹³ Vid. en particular las reflexiones de GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Plurilegislación civil...», op. cit., pp. 59 y 72. También EGEA FERNÁNDEZ, Joan, op. cit., p. 341; CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, op. cit., p. 49.

obligaciones contractuales. Como apreciación, he de decir que parece lógico pensar que inclinarse hacia el discurso oficial o el alternativo lleva implícito mostrarse respectivamente más o menos favorable a la competencia de las Comunidades Autónomas y trasladar tal parecer a la lectura del artículo 149.1.8ª en general y de las bases de las obligaciones en particular; pero esta es una impresión falsa. En la Constitución de 1931 el discurso ahora alternativo era el oficial y ello no impidió –vuelvo sobre la cuestión enseguida– al Tribunal de Garantías Constitucionales realizar en su Sentencia de 8 de junio de 1934 una lectura amplia de las bases de las obligaciones contractuales con la consecuente contracción de la competencia de las Autonomías sobre legislación contractual. La anterior lógica es por tanto una tendencia y no una coherencia técnica y, en definitiva, acercarse al discurso oficial o alternativo no ha de condicionar el análisis sobre las bases¹¹⁴.

3. FUNCIÓN DE LAS BASES EN UNAS NOTAS SOBRE EL INTENTO DE CREAR DOCTRINA POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

He escuchado decir a ÁLVAREZ GONZÁLEZ que es preciso abordar el concepto de «bases de las obligaciones contractuales» como paso previo para tratar su contenido¹¹⁵. Pero he sustituido el análisis del concepto por el de su función. Quizás se me achaque que busco seguir un camino más fácil, a lo que respondo que no se trata de una opción querida, sino de una renuncia tras cavilaciones infructuosas que me han conducido al absoluto recelo hacia la búsqueda de un concepto al que atribuyo artificiosidad y falta de arraigo. De poco vale la mirada al pasado, pues el contexto de la Constitución de 1931 donde nace tal concepto apenas nos ilustra para su lectura actual. Entre otras posibles variables, se apela a la cuestión agraria como aliciente para la configuración de las bases de las obligaciones contractuales como competencia exclusiva del Estado¹¹⁶ cuando hoy en día existe al menos una implícita aceptación¹¹⁷ –querida o no– de que las existentes regulaciones autonómicas sobre contratos agrarios o vinculados con el campo *precisamente* no afectan tales bases en la medida en que no han sido objeto de

¹¹⁴ Desde otra perspectiva, una reflexión cercana en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La destrucción de la obra codificadora», op. cit., p. 21.

¹¹⁵ Durante el Congreso «La Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023» celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela los días 9 y 10 de julio de 2024.

¹¹⁶ Evoca la cuestión GARCÍA RUBIO, María Paz, «Hacia un nuevo código...», op. cit., pp. 101 y ss.

¹¹⁷ Una reflexión al respecto en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución», *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 34 segunda época (1986), julio-diciembre, nº 2, fasc. 77, p. 323.

impugnación ni anulación¹¹⁸. Nótese que no se trata de normas que aborden aspectos tangenciales de la contratación y que acaso se ven amparadas por su carácter idiosincrático¹¹⁹ o el parecer que en su momento manifiesta la Sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, al avalar la constitucionalidad de la ya derogada legislación sobre arrendamientos históricos valencianos. Sea como fuere, el debate sobre las bases de las obligaciones contractuales se sitúa hoy en día –al igual que para algunos en el pasado¹²⁰– en un plano mucho más general del Derecho de contratos. Precisamente por esta razón, para interpretarlas tampoco concedo autoridad como antecedente histórico a la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 8 de junio de 1934 que, en un contexto que va mucho más de lo competencial, declara la nulidad de una regulación catalana sobre contratos de cultivo y contiene pronunciamientos sobre las bases que incluyen en su seno la regulación de los tipos contractuales precisamente para evitar vaciarlas de contenido¹²¹. Y dado que la elaboración del texto constitucional de 1931 no aporta tampoco datos destacables al respecto y los pronunciamientos posteriores de la época se reducen a discusiones parlamentarias de tono político donde se entremezclan discursos que amplían o reducen las bases¹²², insisto que la interpretación histórica poco ilustra sobre el concepto.

Tampoco la elaboración del artículo 149.1.8ª de la Constitución dice demasiado al respecto. Se traen, acaso por inercia, esas «bases de las obligaciones contractuales» de 1931 como expresión de compromiso, *rectius* de total falta de compromiso, sobre la que se articulan distintos relatos técnicos y no tan técnicos sobre nuestro sistema: lo dicho sobre el precepto en general y el concepto de desarrollo en particular, se reproduce en

¹¹⁸ Vid. por ejemplo la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias de Valencia o la regulación de los arrendamientos rústicos y las aparcerías de la Ley de Derecho civil de Galicia.

¹¹⁹ Aunque se ha visto superada por la realidad legislativa y quepa dudar que, como tal, se trate del valor preeminente que busca proteger el reconocimiento constitucional de la pluralidad civil, la idiosincrasia cultural y jurídica de los Derechos civiles autonómicos, o que los ciudadanos no se vean privados de aquello que utilizan y que sea susceptible de actualización, forma parte del argumentario de quienes otorgan mérito a nuestra realidad plurilegislativa. Vid. por ejemplo y respectivamente, GARCÍA RUBIO, María Paz, «Presente y futuro...», op. cit., p. 29; CALATAYUD SIERRA, Adolfo, op. cit., pp. 278-279.

¹²⁰ Entiende DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles forales en la Constitución», op. cit., p. 660, que la Constitución de 1931 «*probablemente*, quería excluir toda diferencia legislativa regional en temas como capacidad para contratar, invalidez, rescisión o prescripción, diferencias que podrían perjudicar la seguridad del tráfico». La cursiva es añadida: nótese que habla de probabilidades y no de certezas.

¹²¹ Vid. GARCÍA RUBIO, María Paz, «Hacia un nuevo código...», op. cit., pp. 101-104. Aunque la autora dice que, por el contexto de la época, hay que traer a colación dicha sentencia con cautela, por el tono de su discurso se aprecia que le concede importancia. Como contraargumento al fallo de la Sentencia 132/2019, la cita BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La destrucción de la obra codificadora», op. cit., p. 21.

¹²² Vid. el estudio de BOSCH CAPDEVILA, Esteve, op. cit., pp. 1067 y ss., en particular 1088-1092, donde pueden leerse las distintas lecturas que se hacen sobre las bases de las obligaciones contractuales en el proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932.

las bases¹²³. Y del hecho de que en su momento se rechaza una enmienda que pretende sustraer de la reserva en todo caso sobre tales bases las que, eventualmente, ya estén vigentes en los Derechos civiles autonómicos a través de las Compilaciones estatales, tampoco extraigo particulares deducciones para acercarme al concepto, pues se desconocen mayores datos sobre las circunstancias de tal rechazo. Con todo, el suceso ha valido para encauzar lecturas restrictivas sobre la competencia de las Autonomías en materia contractual¹²⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por su parte, es un camino sin fin. Hago ahora abstracción de la doctrina anterior a la Sentencia 132/2019 de la misma forma que en esta –o en la Sentencia 157/2021– lo hace el propio Tribunal respecto de pronunciamientos incluso inmediatamente anteriores según se irá viendo en las líneas que quedan de este trabajo¹²⁵. El Tribunal ofrece palabras de difícil o casi imposible aprehensión: las bases de las obligaciones contractuales recogen el «núcleo esencial de la estructura de los contratos y [...] los principios que deben informar su regulación», un ánimo por «garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional». En fin, las bases atañen a «aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional»¹²⁶. Y como si esa referencia a la estructura del contrato se tratase de una invitación directa a escudriñar el concepto de bases de las obligaciones contractuales, es GETE-ALONSO Y CALERA la primera voz –o eso estimo– en ofrecer –todavía en 2024– un análisis técnico del concepto mediante la diseminación de las palabras de la expresión¹²⁷. Se podrá estar de acuerdo o no con las conclusiones que de ahí extrae; eso ahora no importa. El caso es que el esfuerzo analítico realizado y mi ánimo por plasmar las reflexiones que sugiere quedan respectivamente empañado y neutralizado por la deriva que toman las anteriores palabras del Tribunal.

¹²³ Precisamente por la falta de claridad en los precedentes, FOSSAS ESPADALER, op. cit., p. 360 critica que se haya mantenido la específica alusión a las bases.

¹²⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles forales en la Constitución», op. cit., pp. 660-661, interpreta el rechazo a la enmienda como un reconocimiento de la competencia de las Autonomías para legislar en temas de obligaciones y contratos presentes en las Compilaciones pero entendida restrictivamente, es decir, sin permitir ir más lejos de lo que en 1978 es derecho vigente. El voto particular del magistrado Antonio Narváez Rodríguez (apartado IV) a la Sentencia 132/2019 trae a colación el episodio de dicha enmienda para hacer una lectura todavía más restrictiva en materia de bases.

¹²⁵ En su voto particular (apartado VII) a la Sentencia 132/2019, dice el magistrado Ricardo Enríquez Sancho que la resolución «prescinde y, en ocasiones, contradice» razonamientos de sentencias anteriores.

¹²⁶ Sentencia 132/2019, fundamento jurídico sexto.

¹²⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., pp. 10 y ss.

Porque en un discurso en el que se entremezclan diversas variables, se reivindica el rol de la autonomía de la voluntad en un régimen eminentemente dispositivo, el Derecho contractual, para la configuración de las bases de las obligaciones contractuales. Se anuncia en las Sentencias 132/2019 (fundamento jurídico 6) una idea que el Tribunal Constitucional posteriormente articula: asumida la autonomía de la voluntad como unas de las bases de las obligaciones contractuales, las Autonomías han de *respetarla* –vuelvo después sobre esta idea– para superar una evaluación de constitucionalidad desde el punto de vista competencia y no del contenido sustantivo. Pero apelar al respeto de la esencia misma del contrato y, en consecuencia, del Derecho contractual que mal podría existir sin ella, fuera estatal o autonómico, se presenta como un criterio infructuoso, un camino para la arbitrariedad, si lo que se pretende es delimitar el concepto de las bases con el fin de decidir quien tiene o no competencia para legislar en materia contractual: lo que sustantivamente es tan obvio, no vale para resolver un problema competencial. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante al respecto, ello se observa cuando en la Sentencia 157/2021 (fundamento jurídico 9) el argumento se utiliza, junto con otros, para avalar la constitucionalidad de las Leyes 511 y 495 del Fuero Nuevo de Navarra¹²⁸. Pero en la ya citada Sentencia 37/2022 [fundamento jurídico 4, c)] se declara inconstitucional una normativa catalana en materia de contención de rentas en alquileres de vivienda al entender que las limitaciones a la libertad de pacto sobre la renta no respetan el modo en el que el Estado configura la autonomía de la voluntad, concebida como base de las obligaciones contractuales, en referencia a este contrato. Posteriormente, ello se aplica como *único* argumento en la Sentencia 150/2022 (fundamento jurídico 4) para también declarar inconstitucional otra normativa catalana sobre el restablecimiento del equilibrio de las contraprestaciones en arrendamientos de negocio pensada para la época del COVID-19; sentencia que cuenta con un voto particular del magistrado XIOI RÍOS. El ponente de la Sentencia 132/2019 no está en desacuerdo con el fallo, pero sí con una argumentación sobre la autonomía de la voluntad que, como base de las obligaciones contractuales, parecería que se convierte en un intangible para las Autonomías que a la postre convertiría el Derecho contractual en su conjunto en algo indisponible para el legislador autonómico al ser aquella el fundamento de este. Y con ánimo de aclarar la doctrina de la citada sentencia sobre las bases, hila esas alusiones a la estructura del contrato y las categorías generales arriba expuestas en unas complejas reflexiones que parece que se mueven en un discurso cimbreado entre si las Comunidades autónomas pueden o no regular tipos contractuales y si lo pueden hace de forma distinta al legislador estatal.

¹²⁸ Vuelvo sobre la cuestión unos párrafos más adelante.

Si de lo dicho en el año 2019 desde el Tribunal Constitucional se han hecho las anteriores lecturas en el año 2022, habré de señalar que se trata de una aleatoriedad discursiva y constructiva semejante a la que se ha hecho del concepto desarrollo: las lecturas han sido estas, pero podrían haber sido otras (como la de la Sentencia 157/2021). Por tanto, pretender llegar a alguna conclusión sobre el concepto de las bases a través de las palabras del Tribunal me parece, si no un imposible, sí al menos un ejercicio para el mero deleite teórico o un camino para frustración.

Yo renuncio a tratar el concepto porque no me permite *ver nada* sobre las bases de las obligaciones contractuales, pero sí en cambio arroja luz abordar su función. Porque es una evidencia que, en esa permanente tensión entre unidad y pluralidad las bases de las obligaciones contractuales, junto a las otras competencias en todo caso exclusivas del Estado, son un celo por la unidad de legislación y legislador; es una ponderación de la unidad como valor. ¿Por qué motivos? Me remito al eterno debate¹²⁹. ¿Con qué alcance? Hago unas brevísimas reflexiones al respecto en el siguiente epígrafe.

El Tribunal Constitucional no obstante se desmarca de este entendimiento. Se insinúa en la Sentencia 132/2019¹³⁰ pero se dice claramente en la Sentencia 157/2021¹³¹: agarrándose a una «mera afinidad literal»¹³², el Tribunal entiende que entre bases de obligaciones contractuales y Derecho civil propio en materia contractual se establece una relación de legislación básica y legislación de desarrollo que se traduce en el siguiente método de evaluación: si la normativa autonómica respeta/se adecua/se ajusta a las bases, se pasa el filtro de constitucionalidad; filtro que también se supera cuando, en el desarrollo de las bases, estas se repiten. A mayores, como si de un argumento tranquilizador se tratase y sin que en todo caso quede claro si se está ante una cuestión atinente a las bases para el Tribunal, a veces se añade o sencillamente se reflexiona que una determinada norma o regulación autonómica repite o coincide con la estatal¹³³. Esta

¹²⁹ DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., pp. 99-100, dice escueto: el inciso final del artículo 149.1.8ª «atiende a la finalidad de que el elenco de materias que enuncia cuente con una regulación unitaria y uniforme en todo el territorio del Estado». Relaciona el precepto con los artículos 2, 139 o 149.1.1ª de la Constitución.

¹³⁰ A lo largo de sus fundamentos jurídicos, se dice que en materia contractual existen competencias legislativas compartidas entre el Estado y las Autonomías.

¹³¹ Fundamento jurídico noveno, apartado c): «conforme a la doctrina de la STC 132/2019, FJ 6, la expresión “bases de las obligaciones contractuales” [...] debe entenderse como sinónimo de la expresión “normativa estatal básica”, lo que, a efectos de examinar la posible inconstitucionalidad de una norma, remite en última instancia a la relación legislación básica-legislación de desarrollo, en ámbitos de competencia legislativa compartida.

¹³² Expresión de Andrés Ollero Tassara en su voto particular (apartado V) a la Sentencia 132/2019.

¹³³ Describe ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., op. cit., p. 36 esta idea de la comprobación de la repetición como un «*regla automática* de salvaguarda». La cursiva es de la autora.

es la tónica que se inicia con la Sentencia 132/2019¹³⁴, que se sigue en las posteriores y que trasciende al concreto análisis sobre la constitucionalidad de este u otro precepto de la normativa autonómica.

A mi entender, en este ámbito no es posible aplicar la lógica de legislación básica y de desarrollo con la consiguiente admisibilidad de la *lex repetita*¹³⁵; lógica que, además, se predica solo de una y no de todas las materias en todo caso reservadas al Estado¹³⁶. «Bases de las obligaciones contractuales», por un lado, y «conservación, modificación y desarrollo», por otro, son competencias exclusivas del Estado y las Autonomías respectivamente. No hay competencias compartidas en este punto¹³⁷ que avale la admisibilidad de la *lex repetita* y, al menos conforme a la propia doctrina del Tribunal Constitucional también aplicada en materia contractual pero que este órgano ha decidido no atender en el presente caso, lo que es una competencia exclusiva del Estado como regla no es susceptible de ser regulada ni parafraseada por las Autonomías¹³⁸. Para ser coherentes con la idea de que los Derechos civiles autonómicos, como el estatal, constituyen «verdaderos sistemas normativos»¹³⁹, sean más o menos completos, hay que decir que un sistema no desarrolla otro más supremo, esencial o *básico*, sino que dos o más sistemas a lo sumo conviven¹⁴⁰. En definitiva, *respetar* las bases habría de significar no regular aquello sobre lo que las Autonomías no tienen competencia; no integrarlas de una u otra manera en la regulación autonómica. El *límite*, bien configurado, implica inaccesibilidad y no acoplamiento¹⁴¹.

¹³⁴ Fundamento jurídico séptimo.

¹³⁵ Aunque lo contrario se diga en el fundamento jurídico séptimo, apartado D), de la Sentencia 132/2019 y se reitere en el fundamento jurídico 9, apartado f), de Sentencia 157/2021.

¹³⁶ Como ejemplo, la Sentencia 157/2021 aborda la competencia exclusiva del Estado sobre las normas para resolver conflicto de leyes y las bases de las obligaciones contractuales. Pero la lógica de base-desarrollo que aplica a la segunda no procede respecto de la primera y declara inconstitucionales el inciso final de la Ley 11 y la totalidad de la Ley 12 del Fuero Nuevo.

¹³⁷ Con diversidad de argumentos, así lo entienden todos los votos particulares a la Sentencia 132/2019. En la doctrina, FOSSAS ESPADALER, op. cit., p. 363, GARCÍA RUBIO, María Paz, «Hacia un nuevo código...», op. cit., p. 98. La cuestión, si se quiere hacer un seguimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, no está exenta de dificultades, *vid.* las notas de ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., op. cit., pp. 34 y ss., quien entiendo que sustenta la idea de que se trata de legislación compartida. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Las bases...», op. cit., pp. 304 y ss. y 321, asume la lógica de legislación básica y de desarrollo y competencias compartidas en esta materia, aunque posteriormente cambia de parecer en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La destrucción de la obra codificadora», op. cit., p. 17.

¹³⁸ *Vid.* por ejemplo la Sentencia 54/2018, fundamento jurídico sexto, apartado c), que aborda la constitucionalidad de diversos preceptos del Código de consumo de Cataluña.

¹³⁹ Idea recogida en la Sentencia 132/2029, fundamento jurídico tercero.

¹⁴⁰ Vuelvo a apelar a la rúbrica del Capítulo V del Título preliminar del Código civil: «Ámbito de aplicación de los *regímenes jurídicos civiles coexistentes* en el territorio nacional». Cursiva añadida.

¹⁴¹ Por lo dicho me resulta contradictorio que la Sentencia 132/2019 hable de competencias compartidas y que en su fundamento jurídico sexto señale que las bases «no constituyen el punto de partida abierto al desarrollo de las comunidades autónomas, sino que, por el contrario, son exclusivamente un límite a la

Con todo, transformada la primigenia función de las bases de las obligaciones contractuales –cambiado el esquema de unidad-pluralidad legislativa por el de legislación básica-desarrollo– la reducción de su potencia¹⁴², con la consecuente expansión del desarrollo propiamente dicho y la admisibilidad de la conservación cuando se desarrolla lo básico, no ha supuesto la pérdida de toda su posible dimensión pragmática. La manera con que el Tribunal concibe las bases de las obligaciones contractuales en estos últimos años no equivale en todo caso a una carta blanca a la potestad legislativa de las Autonomías. En ocasiones se les ha negado la competencia, como así lo muestran las citadas sentencias del año 2022; resoluciones que presentan argumentaciones y fallos que, respectivamente, ni entiendo en su totalidad ni comprendo por qué se siguen como consecuencia de la doctrina general sobre las bases. Sea como fuere, en estas sentencias intuyo un mensaje que parece haberse sustraído de la lógica base-desarrollo y que quizás está en vías de consolidación¹⁴³: la admisión de la potestad legislativa de las Autonomías en materia contractual pasaría porque su regulación se corresponda, total o sustancialmente, a la del Estado; una especie de regla espejo. Y de este estado de la cuestión tal vez deviene una curiosa doble sensación de amargor: la de quienes consideran que se ha llevado la pluralidad demasiado lejos y la de quienes ven que la extensión de la competencia autonómica en materia contractual no se ve acompañada de una verdadera libertad decisoria sobre cuál ha de ser su contenido pues este viene, en cierta medida, previamente definido por otro legislador¹⁴⁴.

actividad legislativa de estas». Esa idea de la sentencia de «respetar» las bases, incluso repitiéndolas, se encuentra con anterioridad en CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, op. cit., pp. 93 y ss. aunque se rechaza la lógica de legislación básica y de desarrollo (p. 63). Reflexiona GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Plurilegislación civil...», op. cit., p. 83: «¿Se habían leído este Dictamen los miembros del Tribunal?». La autora concibe este «respeto» a las bases como límite a la competencia de las Autonomías –«la legislación autonómica debe acatar ese principio/base, tenerlo en cuenta, no contrariarlo, no ignorarlo», dice– pero también rechaza la lógica base-desarrollo. Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., p. 29.

¹⁴² En su voto particular a la Sentencia 157/2021, el magistrado Antonio Narváez Rodríguez habla de una concepción minimalista de las bases.

¹⁴³ Con posterioridad a la elaboración de este trabajo, el Tribunal Constitucional dicta la Sentencia 120/2024 de 8 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley catalana 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda. Cfr. el fundamento jurídico 5 de la resolución que, para declarar inconstitucional parte de la normativa autonómica, reitera los razonamientos de sentencias anteriores en torno al rol de la autonomía de la voluntad de los contratantes como criterio para resolver conflictos de competencia en un ámbito (las bases de las obligaciones contractuales) que se considera de legislación compartida entre el Estado y las Comunidades autónomas con Derecho civil propio.

¹⁴⁴ De ahí, quizás, que quienes se muestran favorables a una amplia competencia de las Autonomías en materia de contratos sustraigan los casos de las Sentencias 37/2022 y 150/2022 de la regla 8ª del artículo 149.1 de la Constitución para situarlos en la regla 13ª. Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., pp. 9-10.

La panorámica general que ofrece el Tribunal Constitucional sobre la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho de contratos y las bases de las obligaciones contractuales queda redondeada, junto a lo dicho sobre el «desarrollo» y extrapolado a la «conservación», con otras dos variables que se deben tener en cuenta.

Se ventila con suma rapidez la admisibilidad de la «conservación» del Derecho civil propio sin profundizar en cómo eventualmente interactuaría con las bases de las obligaciones contractuales. Entre otros razonamientos, para sustentar la constitucionalidad de la Ley 511 del Fuero Nuevo sobre la cesión de créditos y el derecho de retracto del deudor¹⁴⁵, argumentos que se trasladan al análisis de la Ley 495 sobre la dación en pago, destaca el Tribunal Constitucional que «el legislador navarro no se ha adentrado a regular ámbitos hasta ese momento no normados por el derecho foral navarro sino que se limita a conservar ese derecho preexistente, en el sentido de que incorpora el previo contenido de la Compilación al ordenamiento autonómico, sin introducir en ese contenido modificaciones sustantivas sino puramente instrumentales. No se trata de una operación de desarrollo del derecho civil foral sino de algo mucho más modesto [...]».

Esta idea de la modestia/intrascendencia no se puede compartir¹⁴⁶ porque, por mucho que aquí no haya una lógica de quien puede lo más puede lo menos, el admitir lo menos, la conservación, abre la puerta a la duda de si Navarra puede lo más: el desarrollo –sin límites claros o incluso sin límite alguno– de su considerable regulación en materia de obligaciones y contratos. Pero el Tribunal –persuadido por la lógica base-desarrollo, así como por la ponderación que realiza desde el punto de vista competencial del rol de la autonomía de la voluntad reinante en la materia y que en este caso, a diferencia de lo sucedido en las Sentencias 37/2022 y 150/2022, le conduce a reducir la trascendencia de la diferencia entre la regulación autonómica y la estatal contenida en el artículo 1535 del Código civil¹⁴⁷– se encamina a remover todo obstáculo contrario a la competencia autonómica. Hasta tal punto es así que rechaza expresamente la aplicación en este caso de la doctrina de la Sentencia 13/2019, de 31 de enero¹⁴⁸, que en cambio sí considera inconstitucional determinadas previsiones catalanas también relativas al derecho de

¹⁴⁵ Fundamento jurídico noveno.

¹⁴⁶ De hecho, el magistrado Andrés Ollero Tassara señala en su voto particular (*in fine*) a esta resolución que la doctrina constitucional «está ensanchando desmesuradamente» la competencia autonómica.

¹⁴⁷ En su voto particular a esta sentencia, reflexiona el magistrado Ricardo Enríquez Sancho: «Se ha impuesto cierta tendencia en la doctrina del Tribunal a intentar desactivar conflictos competenciales en materia civil aludiendo al carácter esencialmente dispositivo de esa materia». No obstante, se ha visto que en las sentencias citadas del año 2022 el argumento sirve justo para lo contrario.

¹⁴⁸ En su voto particular a esta sentencia, manifiesta el magistrado Xiol Ríos su preocupación hacia la recentralización que, en su opinión, se produce en materia de legislación civil.

retracto de créditos garantizados con hipoteca¹⁴⁹. Es posible que el esfuerzo argumentativo en favor de la competencia autonómica encuentre un aliciente fuera de lo técnico: la anomalía heredada de que el Derecho civil navarro estuviese estatalizado en la Compilación y la búsqueda, por la vía del 149.1.8ª, de un camino para solventarla y «colocar» tal Derecho en manos del legislador ahora constitucionalmente competente. Pero esta reflexión, inspirada acaso por una voluntad convivencial, merece la precisión de que tal competencia no tiene por qué alcanzarlo todo pues, conforme a la Constitución, no es ilimitada.

Sea como fuere, y por si acaso parece que la amplitud con la que se reconoce la posibilidad de conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil propio en materia contractual, con la consiguiente contracción de las bases de las obligaciones contractuales, merece como contrapunto una vía equilibrante para encauzar cierta unidad legislativa en materia contractual, la Sentencia 157/2021 apela al artículo 149.1.6ª Constitución y profundiza en la criticada dicotomía entre lo civil y lo mercantil. Para afirmar la constitucionalidad de las Leyes 511 y 495 el Tribunal realiza, además de los anteriores razonamientos, la siguiente interpretación conforme: las disposiciones del derecho autonómico han de respetar las competencias estatales en materia de legislación mercantil que la Constitución ha reservado en exclusiva al Estado; «por tanto, las normas del Fuero Nuevo y, con ellas, la aquí impugnada no pueden, so pena de vulnerar la competencia estatal aquí aludida, ser aplicadas a las obligaciones que surjan de un contrato mercantil y a las relaciones jurídico privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes, en tanto que las mismas están reservadas al Estado por el art. 149.1.6 CE»¹⁵⁰.

Sin mayores precisiones sobre cuál es el contenido o los sujetos que identifican tales contratos mercantiles, ahora tan solo me puedo preguntar si lo dicho por el Tribunal, que parece extender a todas las disposiciones del Fuero Nuevo, se extrapolará por ejemplo también al libro sexto del Código civil de Cataluña, si de nuevo se pretende incluir en lo mercantil los contratos de consumo que ya la citada Sentencia 72/2021 solo dice que «en general» y «en principio» son materia civil, como parece que así lo entiende uno de los votos particulares¹⁵¹ o, en fin, si las palabras del Tribunal Constitucional tendrán como efecto la construcción de una teoría general de obligaciones y contratos mercantiles al

¹⁴⁹ No hay tiempo para profundizar al respecto. Pero si se leen los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico noveno de la Sentencia 157/2019 sobre la no aplicación del criterio recogido en la Sentencia 13/2019 y la crítica que realiza el magistrado Ricardo Enríquez Sancho en su voto particular a aquella sentencia, se observa que los argumentos del Tribunal están muy lejos de ser definitivos.

¹⁵⁰ Fundamento jurídico noveno, apartado d), iii).

¹⁵¹ Voto particular del magistrado Antonio Narváez Rodríguez, apartado 2 c), a la Sentencia 157/2021.

reanimar orientaciones en este sentido que quizás vuelvan a ampliar trabajos que hace unos años fueron recortados por su exceso. En resumen, preguntas en el aire ante pronunciamientos de consecuencias imprevisibles y, de nuevo, impresiones sobre las bases de las obligaciones contractuales semejantes a las que produce el tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dispensado al término desarrollo.

En el trasfondo de esta discusión sobre lo civil y lo mercantil (una más, en el ámbito de lo competencial) da coletazos la apelación a la denominada unidad de mercado que se ha utilizado para muy distintos fines: para «arrastrar» lo contractual a donde no hay que compartirlo (la legislación mercantil)¹⁵², para constreñir la potestad legislativa de las Comunidades en la materia en el propio ámbito de la legislación civil¹⁵³ o para reflexionar qué han de ser las bases de las obligaciones contractuales¹⁵⁴.

Pero la unidad de mercado no solo es un elemento que normativamente no está presente en las reglas de distribución de competencias¹⁵⁵, sino que creo que no aporta nada al análisis jurídico pues nadie ha demostrado el impacto, la trascendencia o la insignificancia, que la plurilegislación civil en materia contractual tiene en esa importante unidad de mercado, sea esta lo que sea¹⁵⁶. Ello lo pone en evidencia el propio Tribunal Constitucional por mucho que conceda protagonismo al concepto para abordar las bases en la Sentencia 132/2019. Para justificar la tachar de inconstitucionalidad de las reglas que limitan la determinación de la renta de la normativa catalana sobre contención de rentas de alquiler, la Sentencia 37/2022 afirma que «la regulación de la renta y de los criterios para su determinación tiene también una incidencia relevante en la actividad económica por cuanto afecta al sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal en garantía del principio de unidad de mercado»¹⁵⁷. Pero esta es una afirmación gratuita sobre la que no se aporta ningún dato que la corrobore

¹⁵² Vid. la crítica de GARCÍA RUBIO, María Paz, «Algunas consideraciones ...», op. cit., pp. 12 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen «Las nociones de mercantilidad...», op.cit., pp. 29 y ss.; OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, op.cit., pp. 58 y ss.

¹⁵³ Como dice DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op.cit., p. 320, junto a la 8ª del artículo 149.1, el Tribunal Constitucional cita la regla 6ª para reforzar «la tesis de la unidad del derecho contractual y su pertenencia al acervo competencial exclusivo del Estado». Este es el planteamiento, entorno a la unidad de mercado, del magistrado Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular (apartado III) a la Sentencia 132/2019.

¹⁵⁴ Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

¹⁵⁵ Muy insistente, con variedad de argumentos, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., pp. 18 y ss.

¹⁵⁶ Con diversas perspectivas, aluden a la cuestión GARCÍA RUBIO, María Paz, «Hacia un nuevo código...», op. cit., pp. 77-79; CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, op. cit., pp. 58 y 65; VAQUER ALOY, Antoni, op. cit., p. 69; ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., op. cit., p. 34.

¹⁵⁷ Fundamento jurídico cuarto, apartado c).

ni de la que en verdad se saca ningún tipo de consecuencias: está en la resolución como podrían no estarlo y el fallo no tendría por qué ser distinto.

Intuyo que la unidad de mercado es un recurso retórico vacío que habría que desechar porque trata de vestir una cuestión que se plantea en términos más sencillos y directos: ni más ni menos la ya mencionada tensión entre unidad o pluralidad del Derecho civil; el sistema español que en realidad se desconoce y que se busca conocer apilando, con mayor o menor fortuna, variopintos argumentos de oportunidad.

4. ACERCAMIENTO AL CONTENIDO A LAS BASES EN TRES NIVELES: LO GENERALÍSIMO, LO GENERAL Y LO CONCRETO

Es difícil encontrar un punto de partida para acercarse al contenido de las bases de las obligaciones contractuales; tarea para la que aconsejaría ignorar la irresoluble contienda entre el discurso oficial y el alternativo antes expuesta sobre el artículo 149.1.8ª de la Constitución. De ellos se derivan dos tendencias respectivamente favorables a la pluralidad o unidad de legislación civil que, por muy naturalizadas que puedan estar o por muy razonables que se puedan considerar, ya he dicho que no son corolario necesario de la lógica y, como consecuencia, pueden animar una comprensión más amplia o reducida de las bases de las obligaciones contractuales¹⁵⁸. Por mi parte, extraigo del propio elenco de materias en todo caso reservadas al Estado dos datos que en *modesta* medida pueden ser aclaratorios¹⁵⁹: uno cuantitativo y otro cualitativo.

Cuantitativamente, hay una materia que se reserva en su totalidad al Estado¹⁶⁰, tres que se le reservan en una mayor o menor indefinida cantidad respecto de la «rama» del Derecho privado en la que se encuadran¹⁶¹ y otra en la que la reserva parece en sí misma auto boicoteada¹⁶². Cobra así sentido la idea de que no toda la materia contractual se

¹⁵⁸ Favorable al discurso oficial, reflexiona el magistrado Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular (*in fine*) a la Sentencia 132/2019 que la interpretación del texto constitucional debería conducir a restringir la competencia autonómica «de forma especial en materia de contratos». Entre lo más reciente e inclinado hacia el discurso alternativo, el estudio de GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., *passim*, se dirige a una comprensión muy reducida de las bases de las obligaciones contractuales.

¹⁵⁹ Dice DURBÁN MARTÍN, Ignacio, op. cit., p. 413, que resulta complicado extraer consideraciones generales de las seis materias reservadas en todo caso al Estado.

¹⁶⁰ Normas para resolver conflictos de leyes.

¹⁶¹ Reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos.

¹⁶² Me refiero a la determinación de las fuentes del Derecho. *Vid.* las explicaciones de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles forales en la Constitución», op. cit., pp. 662-663 sobre la salvedad que se

incardina en las bases; criterio que quienes se inclinan en favor del discurso alternativo emplean para afirmar que, en otro caso, se vaciaría de contenido la competencia de las Autonomías sobre legislación contractual¹⁶³ y frente a lo que se podría argüir, desde la perspectiva del discurso oficial, que se trata de aseveración que hace hipótesis de la cuestión en la medida de que la genérica competencia exclusiva del Estado en materia civil a lo mejor veta a las Autonomías competencia sobre lo contractual.

Cualitativamente, creo que trasciende al elenco de materias en todo caso reservadas al Estado que estas versan sustancialmente sobre un contenido no inmanente e informante del Derecho privado elevado casi a la categoría de lo inmutable e irrenunciable, sino pragmático, visible y palpable por los operadores en la cotidianeidad del tráfico jurídico. Por lo tanto, a mi entender las bases de las obligaciones contractuales no atañen a aquellos elementos que cabría considerar la raíz, el fundamento o *lo básico* del contrato y del Derecho que lo rige, sino que alcanzan a reglas que se ubican o tocan la mundanidad y superficialidad del Derecho de contratos¹⁶⁴.

Creo que ello guarda coherencia con la comprensión arriba descrita de la función de las bases, es decir, la muestra de un encomio a la unidad del Derecho civil a reflejar en las normas que rigen las relaciones de los ciudadanos, y además informa sobre una delimitación más bien negativa que positiva de aquellas. No podré decir con certeza qué son las bases de las obligaciones contractuales, pero con cierta seguridad puedo animarme a decir qué creo que no son; bosquejo de delimitación que realizo a continuación en unas reflexiones breves, no exhaustivas y expuestas en tres escalones para las que utilizo pronunciamientos del Tribunal Constitucional en torno o cercanos a un eventual contenido de las bases de las obligaciones contractuales.

Como ya he advertido, me abstraigo del concreto tratamiento que aquel concede al asunto en cuestión o del contexto en que se ventila la controversia competencial; no voy más allá de la cavilación. Además, advierto ahora de que la que sigue no se trata de una exposición que siga divisiones clásicas de la ciencia jurídica. No me preocupa, por ejemplo, si trato conjuntamente reglas de la teoría general de las obligaciones y del

establece al respecto y la posible confusión del constituyente alrededor de los conceptos de Derecho civil propio, ley estatal y ley autonómica.

¹⁶³ CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, op. cit., p. 61; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., p. 14. También se señala en la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico 6) que es supuestamente acorde con el discurso oficial, pero ya se sabe que su ponente se manifiesta anteriormente en favor del discurso alternativo. De hecho, en su voto particular a la Sentencia 13/2019 alude a la interpretación plasmada arriba en el texto; voto particular en el que se leen ciertas reflexiones sobre las que posteriormente se construye la doctrina general sobre las bases.

¹⁶⁴ Una orientación opuesta en *Ibidem*, pp. 12 y ss.

contrato para preguntarme si son o no bases de las obligaciones contractuales. La mezcla puede parecer anómala, pero aparte de que la falta de solera que he atribuido al concepto bases hace que me despreocupe de su encaje con clasificaciones arraigadas, solo me interesa visualizar y separar lo que cabe situar en la profundidad o en la superficie del contrato.

Comienzo, por tanto, con una mención a aquello que he decidido llamar *lo generalísimo*; primer nivel donde cabría aludir a los elementos taumatúrgicos e informantes del sistema y el contrato. Piénsese, por ejemplo, en la buena fe, la autonomía de la voluntad, la conmutatividad o la seguridad del tráfico que cita la jurisprudencia¹⁶⁵ y a lo que cabría como anécdota añadir la mutua confianza o la no discriminación. También situaría aquí los elementos esenciales para la existencia del contrato¹⁶⁶ o aquellos principios y reglas previstos de una racionalidad y utilidad para el tráfico que, en nuestra tradición jurídica, se dan por irrenunciables o naturales. Por ejemplo, la fuerza vinculante y la obligatoriedad del contrato o la responsabilidad universal del deudor¹⁶⁷.

A mi entender, nada de lo dicho u otras cuestiones semejantes forman parte de las bases de las obligaciones contractuales; afirmación sobre la que quizás planea una duda, pero que sostengo con base en un juicio de utilidad o inutilidad del título competencial.

Algunos asuntos a los que se acaba de aludir exceden tanto de ámbito contractual como del obligacional; apreciación de la que se podría derivar la consideración que, al superar lo estrictamente contractual e informar el ordenamiento jurídico en general –el español, como todos los de nuestro entorno–, a efectos competenciales tales asuntos no se

¹⁶⁵ Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto). Muy centradas en la autonomía de la voluntad las Sentencias 157/2021 (fundamento jurídico noveno), 37/2022 (fundamento jurídico cuarto) y 150/2022 (fundamento jurídico cuarto). En la doctrina, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, op. cit., pp. 66 y ss. también sitúa en las bases lo que la autora considera ciertos principios del Derecho de contratos recogidos en el Código civil.

¹⁶⁶ La Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto) alude a los elementos esenciales del contrato y sus efectos; específicamente al objeto, la Sentencia 81/2020, de 15 de julio, fundamento jurídico décimo. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, op. cit., p. 83 señala que forma parte de las bases «la concreta estructura del contrato que exige la existencia de consentimiento, objeto y causa» y no se pronuncia sobre la regulación que el Código civil presenta de cada uno de estos tres elementos.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., pp. 15 y ss., sitúa las bases en el consentimiento en obligarse, dice que las reglas generales mínimas e indispensables en torno al objeto probablemente tienen la consideración de bases y se muestra cautelosa respecto a la causa y la forma.

¹⁶⁷ Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto). Cercana, en cierta medida, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, op. cit., pp. 70 y ss. Las Sentencias 264/1993 (fundamento jurídico quinto) y 54/2018 (fundamento jurídico noveno) también aluden a los preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento y de la eficacia de los contratos.

pueden considerar propia y particularmente dentro de las bases de las obligaciones contractuales, sino que han de ser ubicados en otros títulos competenciales del 149.1.8ª de la Constitución más generales. No obstante, lo cierto es que perfectamente se podría hacer la reflexión contraria: el hecho de que sean cuestiones tan esenciales refuerza su ubicación en las bases por mucho que también se pueda encontrar el reflejo de estos asuntos en otros títulos.

Sea como fuere, y haciendo abstracción de esta duda que intuyo que carece de importancia, lo que considero determinante para afirmar que los anteriores aspectos no corresponden a las bases de las obligaciones contractuales es precisamente que, siendo cuestiones tan *básicas* desde el punto de vista sustantivo, nada justifica que el constituyente las haya querido reservar competencialmente en todo caso al Estado a través de las *bases*. Son valoraciones que *lo impregnan todo* y a las que –me atrevo a decir– ninguno de los ordenamientos civiles españoles va a renunciar y seguramente no podría hacerlo; no solo porque se convertiría en una disfuncional *rara avis* dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, sino porque lo podrían llegar a impedir otras normas constitucionales o supraconstitucionales. Y que no se apele, por ejemplo, al actual cuestionamiento de la causa –que acaso se comparta o no– para contradecirme, pues ninguna de las propuestas de su eliminación como requisito esencial del contrato renuncia a cumplir sus funciones, sino que se busca hacerlo de otra manera. Todo lo arriba mencionado forma parte de un bagaje compartido, presente o acechante en todos los Derechos civiles españoles –sean más o menos completos– y en todos los ordenamientos de nuestro entorno jurídico del que no cabe razonablemente pensar –sino solo artificial y anómalamente en el terreno de la entelequia– que un sistema de nuestra tradición jurídica se quiera, pueda o se vaya a sustraer. Como señalaba, tal bagaje incluso puede llegar a ser reflejo de valores constitucionales estatales y europeos fundantes del ordenamiento jurídico español en su conjunto que no lleguen a admitir variabilidad de opción: piénsese por ejemplo en los más recientes avances en materia de capacidad¹⁶⁸ jurídica¹⁶⁹.

¹⁶⁸ La Sentencia 81/2020, fundamento jurídico décimo, menciona la capacidad para contratar como una de las bases de las obligaciones contractuales. Las Sentencias 264/1993, fundamento jurídico quinto, y 54/2018, fundamento jurídico noveno, se refieren a las prohibiciones de contratar.

¹⁶⁹ Si las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica y, en consecuencia y a lo que ahora interesa, la discapacidad de un contratante no puede ser *per se* motivo de ineficacia del contrato, parece difícil que algún Derecho civil español se pueda alejar de tal planteamiento. Ese es el mandato del artículo 12 de la de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad que ha asumido la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz y VARELA CASTRO, Ignacio, «Artículo 1302», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma*

La delimitación negativa de las bases se me muestra por tanto con cierta sencillez: afirmar que aspectos asumidos como irrenunciables e informantes del Derecho de contratos español y europeo constituyen las bases de las obligaciones contractuales supone vaciarlas de contenido y, en definitiva, hacer inútil dicho título competencial; título –recuérdese– que en su función útil manifiesta una ponderación y celo por la unidad que, en las cuestiones que atrás se mencionan, existe de modo inequívoco por unas razones de sustancia que las aparta de la problemática de la competencia.

La complejidad, o imposibilidad, se halla en realizar una delimitación positiva de las bases de las obligaciones contractuales: determinar qué reglas sobre las obligaciones en general, los contratos en general y los tipos contractuales en particular forman parte de tales bases en la medida en que, aunque expresen o en ellas subyazcan las cuestiones arriba descritas, en su concreción sí son en cambio susceptibles de ser moduladas para optar por una u otra respuesta en un contexto de plurilegislación civil. Yo he renunciado a tal tarea de delimitación porque no he encontrado dato normativo sobre el que apoyarme, no asumo la orientación más reciente del máximo intérprete de la Constitución en torno a la lógica base-desarrollo y habría de adentrarme en la irresoluble tensión entre unidad y pluralidad civil. Por tanto, no voy más allá de las siguientes someras notas, eso sí, persuadido por la idea de que en el ámbito de las reglas que siguen se encuentran las bases de las obligaciones contractuales conforme a esa función que busca la unidad regulatoria en el día a día del tráfico jurídico y económico.

Prosigo por tanto con el segundo nivel en el que se podrían ubicar las bases y que denomino *lo general*: un conjunto de reglas a través de las cuales se reparten los riesgos en el contrato por mucho que no sean privativas del contrato. La idea, acaso aludida en la jurisprudencia¹⁷⁰, evoca un amplísimo número de reglas y expedientes jurídicos; de ahí quizás que el propio Tribunal Constitucional mencione genéricamente «los principios [*rectius* reglas¹⁷¹] desarrollados en los títulos I y II del Libro IV CC (arts. 1088 a 1314)»¹⁷². En efecto, la distribución del riesgo en el contrato se realiza a través de reglas que van desde la regulación general de las obligaciones y contratos hasta los propios tipos contractuales, pues repartir riesgos en el contrato supone ante todo una valoración de

civil y procesal en materia de discapacidad, María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz (dirs.), Ignacio Varela Castro (coord.), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 645 y ss.

¹⁷⁰ Alude la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto) al «problema de distribución de los riesgos derivado de la ejecución del mismo [el contrato]».

¹⁷¹ Hace la precisión GARCÍA RUBIO, María Paz, «Incertidumbre...», op. cit., p. 15, para quien no queda claro si el Tribunal se refiere a tales reglas o solo a los principios que se infieren de ellas.

¹⁷² Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

lo que se incluye dentro de la promesa o la garantía contractual que el régimen dispositivo del tipo en cuestión plasma en defecto de un pacto a determinar en su caso con apoyo en las reglas de interpretación¹⁷³. Dejando de lado la cuestión de los tipos, la jurisprudencia ha aludido a la regulación del incumplimiento, la general o la específica del tipo contractual de que se trate, como el saneamiento¹⁷⁴, la exactitud de la prestación como elemento esencial del cumplimiento y la extinción de la obligación¹⁷⁵, el carácter de la responsabilidad de codeudores¹⁷⁶, el régimen de la nulidad, anulabilidad o la rescisión¹⁷⁷ o la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias pero no en general, sino adaptada durante la época del COVID-19 al arrendamiento de negocio¹⁷⁸. También en este ámbito de lo general cabría valorar otras cuestiones abordadas por la jurisprudencia como la cesión de créditos¹⁷⁹, el fenómeno de las cláusulas abusivas o las condiciones generales de la contratación¹⁸⁰ o la prevalencia del principio espiritualista para la perfección del contrato¹⁸¹.

¹⁷³ No hay jurisprudencia acerca de la incardinación de las reglas de interpretación de los contratos en las bases de las obligaciones contractuales.

¹⁷⁴ Sentencias 71/1982, de 30 de noviembre (fundamento jurídico decimonoveno), 264/1993, fundamento jurídico quinto, 157/2004 (fundamento jurídico undécimo), 13/2019 (fundamento jurídico tercero) y 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

¹⁷⁵ Sentencia 157/2021, fundamento jurídico décimo, al referirse a la dación en pago.

¹⁷⁶ Sentencia 264/1993, fundamento jurídico quinto.

¹⁷⁷ Con relación a esta materia, dice la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico 6) *ad exemplum* en su delimitación de las bases: «las comunidades autónomas pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual, pero no variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos para todo el país». Para GARCÍA RUBIO, María Paz, «Incertidumbre...», op. cit., pp. 27-28, legislar sobre las causas repercutirá sobre los conceptos. Con otra orientación, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., p. 27 entiende que el concepto de nulidad o rescisión difícilmente puede variarse por la ley, lo que sí puede ocurrir es que el régimen sea distinto.

¹⁷⁸ Sentencia 150/2022. Como la normativa cuestionada se trata de la aplicación de una figura general de reparto de riesgos (la alteración sobrevenida de las circunstancias) pero adaptada a un contrato en particular (el arrendamiento de negocio), el Tribunal Constitucional aborda la cuestión competencial, erróneamente a mi entender, desde la perspectiva de la posibilidad o imposibilidad de las Autonomías para regular tipos contractuales. Yo aquí no veo específicamente una cuestión de competencia para la configuración de un tipo contractual, sino otra más general dentro del reparto de riesgo en la contratación.

¹⁷⁹ Cfr. las Sentencias 13/2019 (fundamento jurídico tercero) y 157/2021 (fundamento jurídico noveno) y sus distintas orientaciones.

¹⁸⁰ Sobre las cláusulas abusivas, Sentencias 71/1982 (fundamento jurídico decimosegundo), 264/1993 (fundamento jurídico quinto), 54/2018 (fundamento jurídico octavo) y 72/2021 (fundamento jurídico quinto). Sobre las condiciones generales de la contratación, Sentencias 71/1982 (fundamento jurídico decimocuarto), 264/1993 (fundamento jurídico quinto) y 88/1986 (fundamento jurídico quinto). GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., p. 15 excluye que estas materias puedan ser consideradas bases en la medida que son especiales de unos determinados contratos y no de aplicación general en toda la contratación.

¹⁸¹ Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

Finalmente, en el nivel de *lo concreto* cabría valorar si las bases de las obligaciones contractuales se encuentran en la regulación de los tipos contractuales; aspecto tradicionalmente al que ha aludido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, eso sí, con resultados variables¹⁸². Aunque quepa hablar de grados, entiendo que admitir que la competencia exclusiva del Estado sobre las bases alcanza esta realidad podría representar el planteamiento más restrictivo de la competencia de las Autonomías sobre la materia contractual. Esta quedaría muy contraída, o eventualmente sería inexistente, si se entiende que la expansión de aquella hasta el detalle (lo concreto) supone admitir que toca también lo general al menos cuando el tipo contractual es expresión o concreción particular de tales reglas generales.

Sea como fuere, la reciente doctrina del Tribunal Constitucional muestra unas reflexiones oscilantes pues si es el Estado el que debe fijar «los perfiles, esquemas o estructuras de lo que debe ser cada uno de los tipos contractuales» al que se han de ajustar las Autonomías, se advierte que no se trata de «regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual», se añade que esto es así «salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece»¹⁸³ y se vuelve a contrargumentar que «en todo caso, deben quedar opciones diversas para que el legislador autonómico pueda ejercitar su competencia»¹⁸⁴. E influido por la lógica de base-desarrollo, como ya he explicado, el Tribunal conduce las anteriores indicaciones a una evaluación de semejanza o ajuste que la regulación autonómica del tipo contractual tiene con la estatal, sin que yo pueda en verdad comprender por qué este u otro aspecto de aquella ha de ser o no similar o cercano a esta. Creo que este método, sujeto casi a un arbitrario criterio de conveniencia, se ha visto intensificado en las ya citadas sentencias del año 2022. En su voto particular a la Sentencia 150/2022, el que fue ponente de la Sentencia 132/2019 habla de la «desnaturalización del contrato de arrendamiento» y señala que, si el legislador autonómico tiene competencia para regularlo, no puede «variar su naturaleza, su finalidad, sus elementos característicos y diferenciales o los principios vertebradores de su regulación, que deben ser idénticos para todos los agentes económicos en el territorio nacional». De ahí, como decía antes, un frustrante reconocimiento de

¹⁸² Sentencias 88/1986 (fundamento jurídico quinto), 264/1993 (fundamento jurídico quinto), 157/2004 (fundamento jurídico undécimo), 13/2019 (fundamento jurídico tercero), 54/2018 (fundamento jurídico sexto) y 72/2021 (fundamento jurídico sexto).

¹⁸³ Dice GARCÍA RUBIO, María Paz, «Incertidumbre...», op. cit., pp. 31-32 que «esta salvedad merma notablemente el valor de la exclusión del carácter básico de la regulación de los tipos contractuales, pues lo lógico será que las reglas de los tipos más importantes no supongan otra cosa que concreciones de reglas generales».

¹⁸⁴ Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

competencia por parte del Tribunal pues, aunque amplia, se ve limitada en la elección del contenido¹⁸⁵.

5. UN APUNTE SOBRE LA CUESTIÓN COMPETENCIAL EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DEL AÑO 2023

Decía al comienzo de este trabajo que la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos del año 2023 guarda silencio respecto a la cuestión competencial a diferencia de la Propuesta de 2009. Pero lo cierto es que si la tramitación de la reforma llega a tener lugar, el legislador estatal habrá de expresar con fundamento en qué título competencial asumirá la prerrogativa de legislar; sobre cuáles de los ordenamientos civiles españoles se proyecta la reforma y de qué manera. Ante la diferencia entre ambos textos, cabe preguntarse si la Propuesta de 2023 responde *al igual* que la del 2009 a la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales, si la actividad legislativa de diferentes Comunidades Autónomas en los últimos años en materia contractual *ha de instar* a pensar de otra manera, si *en verdad acertaba* la Propuesta de 2009 cuando invocaba las bases de las obligaciones contractuales o, en definitiva, qué título ha de invocar el futuro legislador. Con todo lo dicho hasta ahora, se comprenderá que diga que de poco vale abordar estas preguntas y no cerraré mi discurso con una bienintencionada apelación al diálogo entre los agentes eventualmente implicados para solventar tales interrogantes¹⁸⁶. Pero tampoco seré catastrofista. Sin más, observo una inercia de la que será difícil salir al ser esta una cuestión que supera lo técnico y que, tras casi cuarenta y seis años de vigencia de la Constitución, todavía se presenta muy incipiente. Más allá de la discusión sobre el concepto, función y contenido de las bases de las obligaciones contractuales, nótese que la Sentencia 132/2019 pone sobre la mesa un debate formal previo al sustantivo: dónde están o han de estar las bases y quién debe o puede formularlas, si es que –cosa que yo no tengo clara– así ha de hacerse¹⁸⁷. Y en el contexto de este debate, arrastrando la centralidad estética, retórica y de contenido que en el pasado se atribuye –no se olvide– a una ley ordinaria¹⁸⁸, intuyo que el Código civil se volverá un arma arrojada entre quienes lo ensalcen como receptáculo de tales bases y quienes hagan lo contrario. *De*

¹⁸⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Plurilegislación civil...», op. cit., p. 80, se pregunta: ¿en qué queda la autonomía contractual para crear tipos que no responden a idéntica lógica interna? ¿De verdad que el legislador autonómico no puede crear tipos contractuales nuevos? A la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, intuyo una respuesta negativa a ambas preguntas.

¹⁸⁶ Me remito al optimismo de una voz más conocedora y autorizada sobre la materia: DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Codificación, Código civil...», op. cit., pp. 49 y ss.

¹⁸⁷ Lo más reciente sobre tales cuestiones en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «La cuestión competencial...», op. cit., pp. 20 y ss.

¹⁸⁸ Una nota al respecto en BARBA, Vincenzo, op. cit., p. 2.

lege lata, diré lacónico que me parece normal que se busque el reflejo de una competencia estatal en una norma estatal de indubitada importancia en la materia como el Código civil¹⁸⁹. Y frente argumentos devaluadores del texto por su antigüedad y falta de modernización¹⁹⁰, hay que decir que el Código no es el de 1889 o, cuando menos, no se ha quedado anclado en esa época. Su moralidad, como la de cualquier Derecho civil español, ahora la marca la Constitución¹⁹¹ y su letra se lee en atención a todo el bagaje doctrinal, jurisprudencial y legal vertido a nivel nacional, europeo e internacional en los últimos años¹⁹².

Sea como fuere, y ante las intocadas y acaso intocables bases de las obligaciones contractuales, si la reforma modernizadora del libro IV del Código civil llega a tener lugar, no se puede descartar que el legislador opte por invocar genéricamente el artículo 149.1.8ª de la Constitución sin mención expresa a aquellas, que en la tramitación parlamentaria queden evidencias de lecturas opuestas sobre el sistema de reparto de competencias en materia contractual y que, en fin, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional siga su zigzagueante curso.

6. RECAPITULACIÓN

(i) El sistema de reparto de competencias en materia de legislación civil entre el Estado y las Comunidades Autónomas con potestad legislativa reconocida en este ámbito no se presenta definido. La ambivalente letra del artículo 149.1.8ª de la Constitución ha permitido lecturas dispares, incluso opuestas, pero también razonables que plasman un sistema plurilegislativo civil de mayor o menor magnitud.

Ante los conceptos vacíos del precepto que al mismo tiempo son las piezas vertebradoras del sistema, el Tribunal Constitucional ha recurrido a elementos interpretativos exógenos y mutables que han conducido a resultados variables en la aplicación de la norma, sin que se acabe de comprender el porqué de esta diferencia aplicativa. De esto es ejemplo paradigmático el empleo del criterio de la «conexión suficiente» para rellenar el concepto de «desarrollo».

¹⁸⁹ Vid. las reflexiones de GARCÍA RUBIO, María Paz, «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX (2022), enero-marzo, nº 1, pp. 233 y ss. donde destaca (p. 237) que «en la Europa continental la posición del Derecho civil y, más en particular, del Código civil, sigue siendo central y está más viva que nunca».

¹⁹⁰ CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, op. cit., p. 63.

¹⁹¹ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Los Derechos civiles españoles...», op. cit., p. 23.

¹⁹² GARCÍA RUBIO, María Paz, «Incertidumbre...», op. cit., pp. 16-17.

En torno al artículo 149.1.8ª de la Constitución se aprecia una tensión entre orientaciones favorables a la unidad o la pluralidad de legislaciones civiles y legisladores competentes, ninguno de los argumentos esgrimidos resulta definitivo y la disputa se mueve más allá de lo técnico-jurídico distorsionando la aproximación al precepto.

(ii) Estas apreciaciones sobre el sistema plurilegislativo civil español, en general, son aplicables en particular, *mutatis mutandis*, a la competencia «en todo caso» exclusiva del Estado sobre las «bases de las obligaciones contractuales». La configuración de tales bases condiciona la potestad legislativa en materia contractual de las Autonomías competentes.

Para tal configuración, el término «bases de las obligaciones contractuales» se debe confrontar con los de «conservación», «modificación» y sobre todo «desarrollo» del derecho civil autonómico. La total indefinición de los términos citados en primer y último lugar determina que la opción de contraer uno suponga la expansión del otro y viceversa, con el consiguiente resultado de inclinarse hacia un sistema de plurilegislación civil de menor o mayor calado.

(iii) Tradicionalmente, el Tribunal Constitucional no ha traído a colación las bases de las obligaciones contractuales cuando ha entrado a analizar la cuestión competencial en materia de derecho de contratos y consumo. Su intento por crear doctrina sobre tales bases se produce con las Sentencias 132/2019 y 157/2021 que respectivamente, adoptan una posición favorable a la expansión del desarrollo y la posibilidad de conservación del derecho civil autonómico en materia contractual. Se habla de «intento» de crear doctrina sobre las bases porque cabe dudar, al igual que ha sucedido respecto del término desarrollo y la conexión suficiente, si tal planteamiento perdurará o no formalmente o si materialmente conducirá o no a resultados variables.

Sea como fuere, se trata de una opción que contrae y reduce la virtualidad de las bases de las obligaciones contractuales con la consiguiente ampliación de la potestad legislativa del legislador autonómico; orientación que parece contrarrestada en atención a dos factores.

Por un lado, la irresoluble tensión entre unidad y pluralidad de legislaciones y legisladores que también se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la segunda de las sentencias citadas reserva a la competencia exclusiva del Estado sobre legislación mercantil (artículo 149.1.6ª de la Constitución) la regulación de las obligaciones surgidas de un contrato mercantil y las relaciones jurídico privadas de los empresarios.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional aplica la lógica de las competencias compartidas entre el Estado y las Autonomías, propia de ámbitos distintos al civil, y presenta un esquema de legislación básica-desarrollo con el que viene a exigir una adecuación, ajuste o respeto de la legislación autonómica a la que se considera «básica» del Estado en materia contractual. Con este razonamiento, sentencias posteriores a las citadas recurren a las bases de las obligaciones contractuales para negar la competencia del legislador autonómico cuando su regulación se aleja de lo considerado básico en la legislación estatal.

No es posible aventurar qué orientación adoptará el Tribunal Constitucional en el futuro, pues no lo permiten los criterios que utiliza para delimitar y aplicar las bases de las obligaciones contractuales en cada caso. No obstante, la lógica base-desarrollo aplicada hasta ahora parece ofrecer la siguiente imagen: la pluralidad de *legisladores diferentes* se admite ante una pluralidad de *legislaciones no tan diferentes* en materia contractual. Se trata de una situación paradójica de la que quizás deviene una doble sensación de amargor. Por un lado, la de quienes no solo creen que se ha llevado la plurilegislación demasiado lejos sino que, al ver que se vienen a exigir unas legislaciones de contenido similar, se cuestionan de qué vale la plurilegislación en el ámbito contractual. Por otro lado, la de quienes, favorables al reconocimiento de la competencia autonómica en material contractual, ven que esta no se acompaña por una verdadera libertad en la decisión de su contenido, pues este viene en cierta medida predeterminado por otro legislador.

(iv) En este trabajo se opta por una comprensión de las bases de las obligaciones contractuales que se distancia del planteamiento del Tribunal Constitucional. Para tal comprensión se precisa analizar el concepto, la función y el contenido de tales bases.

Se ha renunciado a analizar el *concepto* al estimarse artificioso y resultado de una falta de compromiso o entendimiento entre los agentes implicados en la elaboración del reparto de competencias entre el Estado y las Autonomías. No se ha detectado ningún elemento que ayude a clarificar el concepto «bases de las obligaciones contractuales» o anime a emprender tal tarea.

Por el contrario, el análisis de la *función* de las bases sí facilita su entendimiento. Al contrario de lo sostenido por el Tribunal Constitucional y parte de la doctrina, se considera que no existen competencias compartidas en el ámbito de la legislación civil, en general, ni de la contractual, en particular. Las competencias del Estado y las Autonomías son respectivamente exclusivas en su ámbito reconocido; no es posible

aplicar la lógica legislación básica-desarrollo. El hecho de que la Constitución reserve «en todo caso» determinadas competencias al Estado, supone una ponderación como valor de la unidad de legislador y legislación en esa constante tensión entre unidad y pluralidad; supone que hay cuestiones que las Autonomías en ningún caso pueden regular.

Como consecuencia, para que el *contenido* de las bases de las obligaciones contractuales se ajuste al anterior esquema no tiene sentido considerar «bases» aquellos aspectos inmanentes o tan básicos en el ámbito del derecho contractual que en realidad están presentes en todo sistema de nuestro entorno y tradición jurídica y de los que no hay o no puede haber orientaciones que admitan o traten de separarse. Aquí no hay unidad que asegurar desde el punto de vista competencial porque ya existe desde el punto de vista sustantivo. Por eso, hacer coincidir las bases con tales materias sería tanto como vaciar del contenido esta reserva exclusiva en favor del Estado; volverla *inútil*.

Las bases de las obligaciones contractuales han de recaer sobre materias aprehensibles en la cotidianidad del tráfico y que admitirían variabilidad de opción y regulatoria para asegurar, precisamente, una unidad regulatoria que, en otro caso, no estaría asegurada. Este planteamiento hace *útil* la reserva de este título competencial en favor del Estado. En atención a lo anterior, se observa que una delimitación negativa de las bases de las obligaciones contractuales se presenta con mayor facilidad que su delimitación positiva. Respecto de esta segunda, al no observarse sólidos fundamentos para ello y al adoptarse una posición que se aleja de la del Tribunal Constitucional, que otorga a las bases una función y utilidad para las que no estaban pensadas, solo se ha procedido a un elemental bosquejo.

(iv) La falta de definitiva configuración de las bases de las obligaciones contractuales es una particular evidencia de la general falta de delimitación del sistema español de plurilegislación civil que, pasados cuarenta y seis años desde la entrada en vigor de la Constitución, todavía seguimos sin conocer. Nos encontramos ante una problemática enquistada tal y como posiblemente refleja el hecho de que la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos del año 2023 guarde absoluto silencio respecto a la cuestión competencial y las bases de las obligaciones contractuales a diferencia de lo que en su momento hace la Propuesta del año 2009.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Extensión de la plurilegislación civil española. La competencia legislativa en materia de derecho civil en la STC 31/2010», *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Carlos Esplugues Mota et al. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 23-39.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., «Reparto competencia en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de Derecho Privado*, (2022), nº 3, pp. 11-44.

BADOSA COLL, Ferran, «Sentencia 31/2010, de 28 de junio», *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, pp. 332-339.

BARBA, Vincenzo, «¿Es tiempo de codificar?», pendiente de publicación, pp. 1-14.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo,

- «Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución», *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 34 segunda época (1986), julio-diciembre, nº 2, fasc. 77, pp. 304-331.
- «La destrucción de la obra codificadora», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, (2020), nº 7, pp. 3-22.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «La distribución de competencias en materia de legislación civil. De la Constitución española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2007), nº 701, pp. 1067-1145.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, «Hasta dónde se puede y hasta dónde conviene», en AA.VV., *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, María del Carmen Bayod López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 275.

CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 837/2014, de 29 de enero de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Código mercantil*, BOE, 2014. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>.

CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *Dictamen 1/2017, de 26 de gener, sobre el Projecte de Llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè*, 2017. Disponible en <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20171114131406-1.pdf>.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús,

- «Los Derechos civiles forales en la Constitución», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. LXXVIII (1979), julio-septiembre, nº 3, pp. 643-667.
- «Doctrina del Tribunal constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de derecho civil», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (1994), nº 4, pp. 361-404.
- «Los Derechos civiles españoles hace cuarenta años. ¿Qué ha cambiado?», en AA.VV., *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, María del Carmen Bayod López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 21-46.
- «Codificación, Código civil y Derecho civiles forales», *Iura Vasconiae*, (2020), nº 17, pp. 9-56.

DURBÁN MARTÍN, Ignacio, *La España asimétrica: estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Competencia en materia de Derecho civil», *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, pp. 340 -345.

FOSSAS ESPADALER, Enric, «La competència sobre les bases de les obligacions contractuals. Una aproximació constitucional», *Revista Jurídica de Catalunya*, (2014), nº 2, pp. 355-372.

GARCÍA RUBIO, María Paz,

- «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho Civil*, vol. I (2014), enero-marzo, nº 1, pp. 7-27.
- «Hacia un nuevo código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación», en AA.VV., *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, Encarna Roca Trías (dir), María del Carmen Cazorla González-Serrano (coord.), Thomson Reuters-Civitas, 2015, pp. 61-113.
- «Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV (2017), julio-septiembre, nº 3, pp. 1-33.
- «La compraventa en el Código Civil de Cataluña: la lucha entre la uniformización y la diferencia normativas», en AA.VV., *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, Ángel Serrado de Nicolás (coord.), Marcial Pons, 2018, pp. 9-32.

- «La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre: ¿Interpretación del artículo 149.1.8ª CE asimétrica o sencillamente discriminatoria?», *Foro galego: revista xurídica*, (2018), julio-diciembre, nº 205, pp. 9-39.
- «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil: Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI (2019), octubre-septiembre, nº 4, pp. 1-43.
- «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX (2022), enero-marzo, nº 1, pp. 233-245.
- «Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de modernización reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. XI (2024), abril-junio, nº 2, pp. 1-33.

GARCÍA RUBIO, María Paz y VARELA CASTRO, Ignacio, «Artículo 1302», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz (dirs.), Ignacio Varela Castro (coord.), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 645-668.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen

- «Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código mercantil: Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica», *Revista de Derecho Civil*, vol. I (2014), octubre-noviembre, nº 4, pp. 27-65.
- «Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: breve comentario a la STC 132/19, de 13 de noviembre de 2019», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (2020), octubre-diciembre, nº 5, pp. 41-89.
- «La cuestión competencial: algunas propuestas sobre las bases de las obligaciones contractuales», pendiente de publicación, pp. 1-30.

MESA MARRERO, Carolina, «Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil», *Indret*, (2019), nº 3, pp. 1-43.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «El anteproyecto de Código mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. I (2014), julio-septiembre, nº 3, pp. 37-66.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución: Artículo 149.1.8ª*, Trivium, Madrid, 1991.

Vaquer Aloy, Antoni, «La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales», en AA.VV., *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, María del Carmen Bayod López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 52. 47-79.

Xiol Ríos, Juan Antonio, «Reflexiones sobre la competencia en Derecho civil en el siglo XXI», en AA.VV., *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, María del Carmen Bayod López (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 207-226.

Fecha de recepción: 02.09.2024

Fecha de aceptación: 18.12.2024