

Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa *

JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alcalá

SUMARIO: I.: *Planteamiento y delimitaciones previas.*—II. *El concepto de ley especial.*—III. *Consecuencias prácticas.*—IV. *Causas de la disgregación legislativa.*—V. *Enjuiciamiento de algunos casos de especialización normativa.*—VI. *Conclusión.*—VII. *Post Scriptum: la nueva ley de condiciones generales de la contratación.*

I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIONES PREVIAS

a) En todos los órdenes, científicos, técnicos o profesionales, la especialización es un hecho impuesto por la propia naturaleza de las cosas y, por ende, irreversible e indiscutible, en su existencia. Puede discutirse, en cambio, sobre su alcance o las dimensiones deseables para aquel fenómeno. Nada, pues, tiene de extraño que también en el ordenamiento jurídico se haya presentado el mismo fenómeno. No se pone en tela de juicio la unidad esencial del Derecho, por la suprema razón de que su destinatario es el hombre, en quien no hay compartimentos estancos. Si su única razón de existir es el servicio a la persona —*causa hominum omne ius constitutum est*— necesariamente ha de haber una íntima conexión entre todos sus elementos so pena de desquiciar a la persona con mandatos contradictorios o incompatibles. Pero no menos cierta es la afirmación de que, por diversas razones a las que luego aludiré, el Derecho ha ido desdoblándose en sucesivas parcelas jurídicas constitutivas de subconjuntos normativos. Han ido naciendo, así, ramas especiales o subdivisiones del Derecho, que reciben esa calificación de especialidad, no por una razón ontológica, sino por relación a la situación normativa inicial. En la medida en que de un

* Este trabajo se ha realizado al amparo del proyecto de investigación PS 93-0054, para el que se recibió generosa ayuda de la DGICYT.

bloque normativo preexistente se desgajó otro subconjunto regulador, para ordenar una parcela de la realidad social que antes se organizaba por aquel bloque primitivo, aparece la rama especial, especial respecto de aquél, que por ello retiene la consideración de Derecho común. Pero es claro que si, con posterioridad, de esa rama especial se alza otra unidad normativa encaminada a ordenar otra subparcela social, que anteriormente era objeto de regulación por la rama especial, asistiremos al nacimiento de otro subconjunto normativo que será especial respecto de la rama jurídica de la que se ha separado, la cual, a su vez, se convertirá en Derecho común en relación con este postrero subconjunto. Así, el Derecho Laboral merece la denominación de especial respecto del Derecho Civil, pero el particular conjunto de normas que regulan, por ejemplo, la prestación del servicio doméstico, dentro de las relaciones jurídico-laborales, habrá de ostentar el tratamiento de ley especial respecto del resto del Derecho Laboral que, en consecuencia, será Derecho común en relación con aquellas normas atinentes al servicio doméstico ¹.

b) Pero antes de continuar, me parece del todo necesario establecer unas precisiones previas para ordenar la reflexión sobre el fenómeno de la especialización normativa. En efecto, el fenómeno se proyecta nada menos que sobre cuatro ámbitos distintos que hay que deslindar convenientemente.

Un primer ámbito alude al entero ordenamiento jurídico y se manifiesta en el progresivo desdoblamiento normativo que se produjo a partir de la recepción del Derecho Romano. Durante la Edad Media, Derecho Civil equivalía a Derecho Romano y tan sólo se contraponía a Derecho Canónico, producido éste a consecuencia de la potestad legislativa de la Iglesia. Pero desde comienzos de la Edad Moderna, se va haciendo evidente que las normas relativas a la organización del Estado, a delitos y penas o a procedimiento judicial, integradas en el Derecho Romano, carecían de aplicación en los nuevos Estados nacionales, cuyas condiciones sociales e instituciones políticas diferían sustancialmente de las de Roma. Por ello, los cultivadores del Derecho Civil abandonan ese bloque normativo que carece de interés, y va generándose el proceso de privatización del Derecho Civil, que puede darse por consumado en el siglo XVIII. Cuando, en este siglo, Domat publica su obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, sólo se ocupa de Derecho Privado, contrapuesta a otra obra del mismo autor que, significativamente, titula *Droit public*.

Tenemos, pues, la primera gran manifestación del fenómeno de especialización normativa que se traduce en la distinción Derecho Privado y

¹ Me satisfizo comprobar recientemente que también apunta esta idea Ángel Carrasco Perera, al indicar que «los términos Derecho común o general y Derecho especial son conceptos relacionales» (*Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 30).

Derecho Público, en el seno del ordenamiento jurídico. No hay para que insistir en los conocidos criterios de distinción y en su relativismo. Con las limitaciones que se quiera, la distinción existe y no es discutible. El Derecho Civil, entonces –o, y si se prefiere, el Derecho Privado– asume respecto al Derecho Público el viejo papel del *Ius Commune*, un día vigente en toda Europa. Las consecuencias de esta relación entre Derecho Privado y Público pueden tener escasa trascendencia en el orden práctico, en el sentido de que no es frecuente que haya de acudir al primero para colmar lagunas del segundo –lo que es perfectamente posible: artículo 4.3 Título Preliminar– pero son de indiscutible peso en el orden dogmático, lo que, a la postre, también quiere decir orden práctico, porque son numerosos los instrumentos o técnicas jurídico-privados trasplantados o utilizados también por el Derecho Público: capacidad, derecho subjetivo, fraude de ley, analogía, buena fe, abuso de derecho... y tantos más.

Existe un segundo ámbito en que se advierte el fenómeno que estudiamos. Es el representado por la distinción entre Derecho Civil Común y Derechos Civiles Especiales o Forales. No se trata de entrar ahora en la polémica, ya antigua aunque se haya revitalizado después de la Constitución de 1978, entre foralistas y juristas de territorios sujetos al Código enteramente. A mi juicio, la naturaleza esencialmente relativa y no esencialista de la distinción entre Derecho Común y Derecho Especial, sobre la que volveré más adelante, debería aclarar las cosas, al margen de apasionamientos extrajurídicos. En todo caso, y a los efectos que aquí interesan, no puede negarse que el nacimiento y posterior desarrollo de los Derechos Forales significa la sustracción de materias al ámbito objetivo del Código y su sometimiento a otra normativa, que es lo que, en esencia, constituye el fenómeno de la especialización.

El tercer terreno en que observamos aquél es el del Derecho Privado. Ya no es en el seno del ordenamiento jurídico, sino en el del Derecho Privado, y con independencia de causas histórico-políticas. La equivalencia Derecho Privado-Derecho Civil, se rompe cuando adquieren autonomía científica y legislativa, a veces jurisdiccional, ciertas ramas jurídicas desgajadas del tronco común: Derecho Mercantil y Derecho del Trabajo. Dentro de este tercer ámbito, en efecto, decimos que el Derecho Civil funciona como Derecho Común respecto de aquellas ramas que adquieren la consideración de Derechos Especiales respecto del primero.

Finalmente, hay un cuarto campo, el más reducido en extensión objetiva, en que encontramos también el fenómeno de la especialización normativa: en el campo del Derecho Civil. Tras la promulgación del Código, han ido apareciendo leyes especiales respecto de aquél, por ocuparse de regular materias, inicialmente sometidas al imperio del Código, pero que han sido juzgadas por el legislador necesitadas de una regulación inspirada en principios diferentes de los inspiradores de nuestro primer Cuerpo Legislativo.

c) Deslindados los cuatro ámbitos señalados, ceñiré mi estudio a los dos últimos: la especialización dentro del Derecho Privado y dentro del Derecho Civil. Y tal vez no fuera inconveniente reservar términos distintos para el fenómeno de la especialización según el ámbito en que se produzca, entre otras cosas porque, como enseguida diré, existe una relación de progresión entre uno y otro. Cuando nos encontramos en el campo del Derecho Civil, parece claro que procede hablar de leyes civiles especiales frente al Derecho Civil Común o Código Civil, aunque éste no contenga todo aquél. Con carácter general, esta denominación de leyes especiales es la indicada, en el seno de la misma rama jurídica, siempre que haya que referirse al fenómeno en cuestión: así, hablaremos de leyes mercantiles especiales, respecto del Código de Comercio, de leyes laborales especiales respecto del Estatuto de los Trabajadores, e, incluso, de leyes penales especiales respecto del Código Penal. En cambio, cuando relacionamos ramas jurídicas diversas, como Derecho Civil y Derecho Mercantil, será preferible evitar el término ley. Hablar de Rama separada o autónoma o de Derecho Especial resultará preferible, aun cuando esta última expresión sea excesivamente genérica y menos expresiva porque también puede utilizarse en los otros ámbitos antes indicados: para aludir a la relación Derecho Privado-Derecho Público o para referirse a la relación Código Civil-Derecho Foral.

Y vengamos, ahora, a la anunciada interconexión entre ley especial y Rama jurídica autónoma. Me parece que, en efecto, puede afirmarse la existencia de un proceso que empieza con la promulgación de una ley especial y que puede terminar dando vida a una nueva disciplina jurídica. El desgajamiento definitivo del tronco común no se produce de golpe. Es un proceso más o menos prolongado en el tiempo pero que, necesariamente, empezó con una ley especial que regulaba un sector de la realidad social —hasta entonces comprendido en el ámbito objetivo de la ley común— con fundamento en principios jurídicos diferentes. El proceso puede interrumpirse aquí, de suerte que no pase el fenómeno de especialización normativa de este primer estadio que bien podemos llamar «estadio de ley especial». Pero puede seguir adelante. Cabe que vayan viniendo otras leyes que, como veremos más adelante, no son especiales sino, sencillamente, reguladoras de materias, realidades sociales, problemas, enteramente novedosos; por ende, no abarcados por aquella primitiva normativa común. Precisamente, como se verá, este hecho de recaer sobre un objeto no contemplado por la ley anterior, impide conceptuar como ley especial a la posterior, porque carece de relación alguna: es sencillamente nueva. Ahora bien, en la medida en que estos problemas novedosos están relacionados con los que, originariamente, constituyeron el objeto de la ley especial, se va ampliando la materia, el sustrato fáctico, así como el bloque normativo —en parte, especial respecto de la primitiva normativa, y en parte, parte más extensa, perfectamente nuevo— regulador de aquel sector creciente de realidad social, y, así, este crecimiento fáctico y normativo acaba por generar una nueva Rama jurídica autónoma e

independiente. La consolidación de esta Rama supondría, así, el segundo estadio del proceso, el «estadio de la Rama autónoma».

Ley especial y Derecho especial, remiten, pues, a etapas cronológicamente diversas del proceso de especialización normativa y en el que, además, no sigue necesariamente la segunda a la primera, sino que puede interrumpirse en ésta. Por otra parte, ya se advierte que la relación ley común-ley especial no es la misma que la relación entre Derecho Común y Rama separada de aquél o, si se prefiere, Derecho Especial, sencillamente porque en el segundo caso, aunque se hable de Derecho Especial, hay mucho más que Derecho Especial. En una rama autónoma –Derecho Mercantil o Derecho Laboral– ciertamente encontraremos normas en relación de especialidad respecto del Derecho Civil, por ejemplo, contratos mercantiles o contrato de trabajo respecto del contrato civil, pero la mayor parte de su bloque normativo ya es propio o autónomo y no está en relación de especialidad con respecto al Derecho Civil: así, títulos-valores o Derecho marítimo o Seguridad Social. En cambio, entre ley común-ley especial, siempre existirá esa relación de especialidad. Siempre cabrá la posibilidad de reabsorción o asunción de la materia especial por la ley común: por ejemplo, por haber desaparecido las causas que justificaron el tratamiento especializado de aquella materia, o por haberse extendido los principios que inspiraron la normativa especial a toda la normativa común.

d) Todo este fenómeno amplio de la especialización normativa se presenta tanto en el campo del Derecho Privado cuanto en el del Derecho Público. Estas reflexiones se limitarán al primero en el que, por otra parte, tal vez, aquel fenómeno muestre algunas peculiaridades distintas de las que se observan en el terreno jurídico-público. En términos generales, en el ámbito jurídico-privado, la especialización no ha significado ruptura entre ramas especiales y tronco común. Se ha mantenido la intercomunicación o el trasvase de instituciones y mecanismos. Se reconoce la relación de filiación o descendencia. Hasta cierto punto, el fenómeno del desgajamiento del Derecho Privado podría expresarse metafóricamente a través de un juego de muñecas rusas que, por razón de su idéntica estructura y menor tamaño, la menor se acopla en el interior de la siguiente en tamaño, y así sucesivamente hasta quedar todas encerradas en la mayor. En el terreno jurídico-público, también encontramos diversas muñecas, pero ya no son rusas: su diversidad estructural u ontológica impide aquel acoplamiento sucesivo. No es que se haya roto toda relación o comunicación entre las diversas ramas, pero gozan de mayor grado de independencia entre sí. Entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo hay relaciones pero, desde luego, no de la intensidad de las existentes entre el Derecho Civil y el Mercantil o Laboral. En todo caso, no es sencillo asignar los papeles de ascendiente y descendiente. Aunque, por descontado, dentro ya del Derecho Penal, se presente el mismo fenómeno de las leyes penales especiales, o dentro del Administrativo, sea agobiante el número de leyes administrativas especiales.

II. EL CONCEPTO DE LEY ESPECIAL

a) Me parece que es posible profundizar en el concepto de ley especial, quizás, no suficientemente establecido por la doctrina. Y es preciso hacerlo sin perder de vista esa peculiar relación, antes advertida, entre ley especial y Derecho especial o Rama autónoma que se traduce, o mejor, puede traducirse en dos estadios sucesivos de evolución jurídica, de suerte que el primero puede llegar a desembocar en el segundo.

En el ámbito del Derecho Privado, como es bien sabido, se produjeron dos escisiones fundamentales, la del Derecho Mercantil y la del Derecho Laboral. Son las dos ramas especiales tradicionales respecto del Derecho Civil, convertido así en Derecho común con relación a ellas.

Pero la cosa no ha parado ahí. Ya en nuestro siglo, se han venido detectando nuevos intentos segregacionistas. Así, se ha defendido o sugerido, al menos, la autonomía de otros bloques normativos que habrían de desgajarse del Derecho Civil: Derecho Agrario, Derecho Arrendaticio, Derecho Inmobiliario, Derecho del Consumo...

Pero antes de seguir, hay que hacer algunas precisiones. Quiero hablar de Derecho especial, del fenómeno disgregador padecido por el Derecho Civil, pero, ¿en qué consiste justamente este fenómeno? ¿De qué estamos hablando cuando nos referimos a leyes especiales? Porque me parece que existe cierta confusión. Reparemos en algunas cuestiones:

- ¿Son especiales las leyes por estar fuera del Código?
- Si no es así, ¿cuál es el criterio para calificar de especial una ley? ¿Son igualmente especiales la Ley Hipotecaria y la Ley de Propiedad Horizontal?
- ¿Es cierto que la especialidad dice relación con la materia regulada? ¿Sólo? ¿No son diferentes e incluso contradictorios los principios informadores de una normativa especial respecto de los inspiradores de la común? Entonces, ¿son excepcionales el Derecho de Consumo o el Arrendaticio? ¿Qué diferencia, pues, al Derecho especial del Derecho excepcional?

Veamos. La doctrina dominante ha sentado las siguientes afirmaciones:

- No pueden identificarse Derecho común y Código Civil. Se dice que «antes y después de su promulgación un gran número de materias civiles se regulaban y regulan aparte (propiedad intelectual, registro civil, hipotecas, registro de la propiedad, etc.)»². Otros quieren ver en la supresión del calificativo «especiales» en el moderno artículo 4.3 del Título Preliminar, la razón para negar aquella identificación³.

² Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 31.

³ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios del Derecho Civil*, I, Madrid, 4.ª ed., 1995, p. 40.

– Hay acuerdo generalizado en denominar especiales a las leyes que quedaron fuera de la codificación y que son anteriores al Código, precisamente las leyes reguladoras de esas materias civiles antes indicadas en la cita del profesor Gullón Ballesteros ⁴.

– Derecho Especial y Derecho excepcional son cosas distintas. El primero lo es por razón de la materia: «el Derecho común será el conjunto de disposiciones destinadas a reglamentar la vida social considerada en su totalidad, y se llama Derecho especial al que contiene normas sólo sobre una institución o una serie de relaciones determinadas, o sea cuyo fin es una regulación parcial (se autolimitan)». En cambio, Derecho normal es el que reglamenta una materia, no importa de qué amplitud, en base a principios o ideas que tienen y conservan valor organizador general; Derecho excepcional es aquél cuyo principio organizador no tuvo o ha perdido el carácter general, son reglas que van *contra tenorem rationis* de la organización general y que no tienen por ello fuerza expansiva» ⁵.

Confieso que no acabo de entender bien las afirmaciones resumidas, sobre todo en trance de cohonestar unas con otras. Me parece que el concepto de norma especial no se ha perfilado suficientemente. El origen del confusionismo hay que encontrarlo, a mi parecer, en el primitivo artículo 16 con que se cerraba el Título Preliminar, antes de su reforma en 1974. Decía así: «*En las materias que se rijan por Leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código*». Es obvio que el legislador aludía a esas leyes que, con anterioridad a la promulgación del Código, habían regulado esas importantes materias civiles ya recordadas: registro civil (1870); hipoteca y tráfico inmobiliario (1861); propiedades especiales, como aguas (1879) o propiedad intelectual (1879), etc. ⁶. Aunque también quisiera comprender leyes posteriores, como entiende De Castro ⁷. Lo que quiero decir es que por influencia del precepto transcrito, se llegó a equiparar leyes especiales con leyes civiles extravagantes del Código. Pronto advirtió la doctrina que el mero criterio espacial o de ubicación de la norma, dentro o fuera del Código, carecía de significado científico, y que tenía que ser otro el criterio identificador del Derecho especial. Sin duda, ése había de ser el de la materia regulada, lo que, por lo demás, tampoco estaba en contradicción con el texto del viejo artículo 16. Sin embargo, ese criterio de la materia no ha llegado a perfilarse convenientemente, a mi modo de ver. Dos han sido los obstáculos.

⁴ Por todos, Luis DÍAZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 7.ª ed., 1990, p. 69.

⁵ Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 3.ª ed., 1955, pp. 111 y 113.

⁶ Amplía la enumeración DE CASTRO, *ibidem*, p. 312.

⁷ *Ibid.*, p. 308.

b) En primer lugar, el de utilizar el dato cuantitativo como criterio único de diferenciación entre Derecho común y Derecho especial. El primero regularía «la vida social en su totalidad». El segundo, una «sola institución o una serie de relaciones determinadas». Pero ya se ve que decir que el Derecho Civil regula la vida social en su totalidad resulta muy poco preciso. ¿Acaso no son vida social las relaciones entre Administración y administrados? ¿Acaso no forma parte el delito de la vida social? ¿Y el trabajo por cuenta ajena? y podíamos seguir. No es menos inexacto el criterio para reconocer la ley especial. La Ley Hipotecaria –considerada especial, según dije antes– regula una parcela social riquísima, nada menos que todo el tráfico inmobiliario y, además, una garantía real de la magnitud de la hipoteca. Y si se quiere una ley especial de nuestros días, vengamos a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. En ella se pone mano en una pluralidad de instituciones: derechos de la personalidad, otros derechos fundamentales, instituciones protectoras del menor, adopción internacional... Es verdad que la idea de parcialidad o fragmentación está en la base de la distinción, pero hay que completarla. Por sí sola no basta para calificar de común o especial una regulación.

En mi opinión, el criterio sustancial no es el cuantitativo sino otro, que podíamos llamar «relacional». El error de la doctrina consiste en pensar en un criterio absoluto o esencialista, de modo que una ley, *per se*, siempre sería común, y otra, *per se*, siempre especial. Y esto no es cierto: una ley es común porque existe otra que es especial, pero si ésta no existiera aquélla no sería común. Y una ley es especial respecto de otra que es común, pero, a su vez, puede ser común en relación con una tercera. No hay ley común ni ley especial *per se*, en absoluto, como categorías ontológicas. Existen la una en relación con la otra. No pueden pensarse sino en esa situación de relación. Y esa relación se produce en el tiempo y respecto de una determinada materia. El nacimiento de una ley especial quiere decir que antes de aquél, el sector de la realidad social –amplio o menos amplio o mínimo– que va a ser objeto de regulación por la ley especial, era objeto de regulación por una normativa precedente, de suerte que la ley especial siempre sigue en el tiempo a la común, precisamente porque es su aparición posterior la que convierte en común a la anterior, que hasta ese momento no era común, ni especial, ni nada: era la ley reguladora de la materia. Y nace con posterioridad para regular una materia que no estaba hasta entonces falta de regulación. Lo que pasa es que se considera –ya veremos por qué– que aquella normativa inicial no es la más conveniente y por ello se provee a ese sector de la realidad social de nueva regulación. De manera que, por el momento, descubrimos dos requisitos para poder hablar de ley especial:

– Uno, objetivo: la parcela ordenada por la ley especial ya lo estaba antes por la ley que ahora pasa a convertirse en común. No quiero decir, naturalmente, que la materia necesariamente tuviera regulación explícita

o expresa en el bloque normativo preexistente. Basta con que fuera susceptible de ordenación a través de los mecanismos de autointegración del ordenamiento: analogía y principios generales del Derecho inspiradores de aquel conjunto normativo.

– Otro, temporal: la especial es, por ende, posterior a la común.

Ambos requisitos permiten hablar de ese criterio relacional como clave para entender la distinción entre Derecho común y Derecho especial.

De lo expuesto, se extraen, en mi criterio, estas conclusiones:

1.^a Como la doctrina había señalado con acierto, la distinción mencionada no puede fundarse en el dato de la ubicación de la norma: que se halle alojada o no en el Código Civil. Y hablo del Código Civil porque dadas las características del fenómeno que estudiamos, esto es, relativismo y temporalidad, según lo expuesto, hay que convenir necesariamente en un *dies a quo*, como hito inicial de aquél, y a partir de ese momento empezar a distinguir entre ley común y ley especial. Porque si elegimos un momento anterior –como no estamos ante categorías esencialistas– las calificaciones de las leyes probablemente cambiarían. Convengamos, pues, en la publicación del Código Civil como punto temporal de partida para el estudio que nos ocupa, y ello, por razones obvias que no es menester explicitar. Pues bien, si el Código Civil cumple esta función orientadora, leyes anteriores a su publicación no pueden considerarse especiales.

2.^a La segunda conclusión acabo de indicarla: hay que rechazar criterios esencialistas en la distinción que intentamos. No hay leyes que por sí, por razón de su objeto o materia, merezcan la consideración de comunes, mientras que otras hayan de estimarse especiales. Todo dependerá, según lo explicado, del punto de referencia que se adopte, de suerte que siempre será menester señalar los términos de comparación: una ley será especial respecto a otra que funcionará como común y viceversa.

3.^a Tampoco el mero dato cronológico basta para reputar de especial una ley por haberse promulgado con posterioridad al Código Civil. Lo será cuando la materia que regule ya pudiera considerarse disciplinada por el Código Civil, bien por expresa previsión de alguno de sus preceptos, bien por aplicación analógica de alguna de sus normas o de alguno de los principios generales que lo informan. Es claro que la amplia virtualidad expansiva del Código, a través de los citados mecanismos, aparte de que también es amplísimo el ámbito objetivo expreso de sus preceptos, determinará la naturaleza especial de la gran mayoría de normas que, en el campo de Derecho Privado, pudieran promulgarse, por cuanto se referirán a materias que bien podrían ordenarse –con mayor o menor comodidad– con el Código en la mano, y en acatamiento al deber inexcusable de juzgar contenido en el artículo 1.7 de su Título Preliminar. Pero si la nueva ley afectara a una materia rigurosamente novedosa que no pudiera entenderse comprendida en el ámbito objetivo, expreso o implícito, del Código, entonces aquella ley no sería especial. Piénsese,

por ejemplo, en los bienes de la personalidad. Por mucho que ascendiéramos en el grado de abstracción para alcanzar algún principio general que pudiera abarcar la materia y ofrecer pautas de regulación, me parece que el resultado sería insatisfactorio. No sería fácil ordenar esta materia con el Código Civil. La intimidad, por ejemplo, es asunto perfectamente desconocido por el Código, al menos, en el sentido jurídico que hoy damos a ese concepto. El conflicto entre aquel derecho de la personalidad y la libertad de expresión, y más concretamente, en su manifestación de la libertad de prensa, no encuentra pautas de solución en el Código Civil. De manera que el conjunto normativo encaminado a regular el goce de los bienes de la personalidad no puede considerarse ley especial respecto del Código Civil. No lo serían, así, las leyes orgánicas 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del honor, la intimidad y la imagen, ni la 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Lo que tampoco debe entenderse —no estamos en el mundo más exacto y preciso de las ciencias de la naturaleza— que algún precepto de aquellas leyes, y de otras, como la ley de 27 de octubre de 1979, sobre extracción y trasplante de órganos, y de las que puedan venir sobre las materias indicadas, merezca la consideración de especial respecto al Código u otras leyes anteriores, por abordar algún punto que deba estimarse ya regulado en aquél o aquéllas. Pero, globalmente entendidas, me parece que no pueden calificarse las leyes recordadas, y alguna otra atinente a la misma materia, como especiales respecto a algún conjunto normativo anterior. El uso ha impuesto la denominación de ley especial también para las leyes aludidas. Sería preferible llamarlas de otro modo: leyes extravagantes, leyes específicas, leyes propias...

Resumo y recuerdo el hilo argumental de éste que he llamado primer obstáculo para comprender bien el concepto de ley especial. Decía que podía tomarse como opinión general la de que el criterio diferenciador entre ley común y ley especial residía en la materia u objeto de regulación por la ley, criterio que, en fin de cuentas, era de carácter cuantitativo, por cuanto ley común sería la reguladora de la vida social en su totalidad, y ley especial la que se aplicaría a una sola o grupo escaso de instituciones sociales. Frente a esta opinión dominante, advertía yo que si bien es cierto que la materia u objeto de la norma tiene que ver con la distinción que nos ocupa, como criterio, por sí solo, es insuficiente y explica poco. Dos eran los obstáculos que, en mi opinión, venían impidiendo la comprensión cabal de la verdadera naturaleza de la ley especial. El primero, la utilización de ese criterio cuantitativo o por razón de la amplitud del objeto. Esto significa, a la postre, la creencia de que hay razones absolutas o esencialistas para la distinción, de modo que la ley común lo es *per se*, por notas o caracteres internos o de naturaleza, como la ley especial constituye igualmente una categoría ontológica que se explica a sí misma, por razón de su propia naturaleza o características internas. En los párrafos precedentes he tratado de mostrar el relativismo de la distinción,

de suerte que una ley sólo puede ser común respecto de otra que, entonces, será especial, y viceversa. Mas, esta ley especial respecto a la primera, puede, perfectamente, ser común en relación con otra tercera. Por ello, frente al criterio meramente objetivo o por razón de la materia, he sugerido un criterio «relacional», para superar el primer obstáculo en la comprensión del asunto. Pero nos queda el segundo.

c) En efecto, también creo que otra opinión mantenida por la doctrina dominante ha venido enturbiando la cuestión de qué sea ley especial. Me refiero a la distinción que se hace entre ésta y ley excepcional, anteriormente recordada con palabras del profesor De Castro. Veamos, seguidamente, esta segunda cuestión, con que cerraremos este epígrafe y, quizás, hayamos conseguido centrar el concepto de ley especial y lo que este fenómeno significa, pasos inexcusables para, después, formular el enjuiciamiento que se pretende.

Al ceñirse la doctrina dominante al criterio de la materia para caracterizar la ley especial, ha olvidado el por qué del fenómeno. ¿Por qué se promulga esa ley que llaman especial? ¿Qué razones llevan a la práctica, primero, en algunos casos, y al legislador, después, a regular separadamente determinada institución o grupo de instituciones? ¿Por qué esa segregación? No digo que no se haya hablado de razones de la disgregación —incluso se han clasificado, como es sabido, en internas y externas—, pero lo cierto es que, en trance de conceptuar la ley especial no se tienen en cuenta esas razones. Se produce una especie de ruptura en el curso histórico del fenómeno, de suerte que solamente se considera el dato de la materia o materias, objeto de la nueva ley, para comprender la naturaleza de ésta y nada se vuelve a decir de las motivaciones de su aparición. En cambio, yo creo que esta cuestión es trascendental si se quiere ejercer la función crítica sobre el fenómeno: claro que puede pensarse innecesaria, si el fenómeno de la progresiva especialización normativa se juzga bueno en sí mismo. Pero si no se renuncia a reflexionar sobre la bondad o nocividad de aludido hecho, es llano que conocer sus causas, las causas que propiciaron la separación, así como constatar la subsistencia de esas causas para mantener la separación, resulta de todo punto imprescindible. De manera que la correcta conceptualización de la ley especial exige decir que regula una o unas materias, antes ya comprendidas en el ámbito objetivo de un bloque normativo anterior, sencillamente porque las reglas de éste no se estiman ya acertadas o convenientes para organizar esas materias. Pero hay que profundizar en esta última afirmación y aquí aparece el temor de la doctrina, porque si profundiza, a lo peor se encuentra con que no sabe distinguir ley especial de ley excepcional. Pero no nos engañemos, *si se introduce una normativa nueva es para excepcionar la anterior*. Si, respecto a determinada parcela de la realidad social, la anterior se ha hecho obsoleta, insuficiente o inconveniente es, cabalmente, porque los principios a que respondía no sirven ya para inspirar la nueva regulación, esto es, porque se hace menester establecer principios nuevos informado-

res de la nueva ley, lo que, rigurosamente, significa derogación de los antiguos y sustitución por otros que funcionarán como excepciones a las reglas generales contenidas en la normativa anterior, que, por el nacimiento de la nueva, se convertirá en normativa común respecto a ésta. ¿Y no significa ello que los nuevos principios van *contra tenorem rationis* de los que informan la normativa común, en la expresión acuñada por la doctrina dominante? De manera que nada impide «que pueda caracterizarse justamente como Derecho excepcional aquél cuya razón de formación y existencia diferenciadas responde cabalmente a la exigencia de constituir un sistema de derogaciones del ordenamiento general que se manifiesta, en algún punto, inadecuado»⁸. Pero, entonces, ¿qué diferencia existe entre Derecho especial y Derecho excepcional? Ninguna. Me parece que éste era el pensamiento subyacente del profesor Rubio, quien, una vez más, al separarse de la doctrina dominante tenía razones fundadas para hacerlo. Porque, a veces, en la exposición de la doctrina parece que casi se da a entender que esas normas que integran el llamado *ius singulare* responden a principios de dudosa justicia, de discutible justificación, que son, casi se diría, con terminología actual, inconstitucionales o, al menos, *extra constitutionem*. Y esto no es así, porque toda norma o sirve al bien común, o es justa, como requisito interno de la ley, o no es ley *sed legis corruptio*. De manera que no deben admitirse reticencias a la hora de justificar el llamado Derecho excepcional, si realmente se da esa necesidad social de separarse de la regulación común. Pero, repito, no se ve qué diferencia pueda existir entre ley excepcional y ley especial, como si la ley especial se tratara de un *tertium genus*, a caballo entre la ley común y la excepcional. Así se comprende, cabalmente, la naturaleza de la ley especial, sin temor a indicar su razón de ser, y aun cuando ello signifique prescindir de la categoría tradicional del *ius singulare*. Lo que, dicho sea de paso, deja sin sentido la prohibición de aplicación analógica de la ley excepcional (art. 4,2 del Código Civil). Si se acepta, como es totalmente lógico y justo, la aplicación analógica de la ley especial, y hemos negado que ésta sea nada diferente de la ley excepcional, es llano que aquella prohibición carece de justificación. Por ello, aunque no argumente del modo expuesto, tiene razón Puig Brutau, quien, además, invoca en su apoyo a Batlle Vázquez, cuando afirma que «no cabe negar la posibilidad de extender por analogía la norma excepcional dentro del ámbito de la propia excepción»⁹. Por lo demás, tampoco parece que el Tribunal Supremo se cohíba cuando entiende que es justa la aplicación analógica de una ley excepcional:

En efecto, nadie dudará de que el retracto legal es norma excepcional respecto al instituto de la propiedad. Sin embargo, el Tribunal Supremo

⁸ Jesús RUBIO Y GARCÍA-MINA, «Sobre el concepto de Derecho Mercantil», *Rev. Der. Mercantil*, noviembre-diciembre, 1947, p. 370.

⁹ JOSÉ PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, I, Bosch, Barcelona, 1987, p. 108.

aplica analógicamente el artículo 1522, equiparando, a los efectos excepcionales de ese artículo, enajenaciones contractuales y enajenaciones en pública subasta. Recientemente, en Sentencia Tribunal Supremo, de 8 de junio de 1995. Pero también en Sentencia, de 11 de julio de 1992, y en las que en ella se invocan como precedentes.

d) En conclusión, a mi juicio, éstas serían las notas características de la ley especial:

– Que regula una materia hasta entonces ya disciplinada, explícita o implícitamente, por el bloque normativo existente, y en cuya órbita volvería a introducirse si la nueva ley desapareciera. (Elemento objetivo).

– Que aparece en el tiempo con posterioridad al aludido bloque normativo preexistente. (Elemento cronológico).

– Que se inspira o responde a principios organizadores distintos de los que informaban la normatividad preexistente y que constituyen excepción a esa regulación, porque el resto de las materias afines o colindantes siguen sujetas a la normatividad previa, lo que significa que ésta funciona como regla y la nueva como excepción. (Elemento ideológico).

Aceptada esta caracterización de la ley especial, pueden contestarse con facilidad las preguntas con que se abría este segundo epígrafe.

III. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Después del camino recorrido, estamos en condiciones de concretar aún más el objeto de la presente reflexión. ¿A qué se reduce, entonces –negada la sustantividad de la categoría ley especial– el fenómeno que nos preocupa? Piénsese que ante esa nueva necesidad social que no se estima convenientemente disciplinada por el bloque normativo vigente, el legislador concluye, no en la conveniencia de introducir una normativa nueva, basada en principios derogatorios de los que informaban la vigente, sino pura y simplemente, en sustituir los que se juzgan inadecuados por los tenidos como acertados, pero en la propia ley vigente, por estimar que, en verdad, los antiguos ya no resultan aplicables ni ante esa nueva realidad social, ni ante ninguna, o, dicho de otro modo, que la entera realidad social que se disciplinaba por la ley antigua ha cambiado, que no son ciertos aspectos o puntos los que exigen nueva preceptiva, sino, como digo, la entera realidad. Entonces, no nacerá una ley especial, sino que se habrá modificado la que existía: se habrá evitado el fenómeno de la especialización normativa. Quiero decir que, entonces, este fenómeno se reduce a un problema de política legislativa o de técnica jurídica. Detrás del problema –y siempre que se acepte que no estamos ante categorías sustantivas absolutas– lo que hay es una decisión del legislador, que puede seguir la vía de derogar completamente principios y reglas anticuados y sustituirlos, en la misma ley –en el Código Civil– por los que se estiman más adecuados, o la de mantener aquéllos para la generalidad de

los casos, dotando entonces a un grupo de casos segregados de los anteriores, de una normativa especial, basada en principios diferentes, excepciones a la regla general. Ahora bien, antes de tomar una decisión, el legislador habrá de realizar el juicio de valor que queda indicado: ¿es toda la realidad contemplada por la ley vigente la que exige nuevo disciplinamiento inspirado en principios diferentes de los hasta entonces dignos de observación, o sólo una porción de aquélla? ¿Realmente está justificado dotar de nueva preceptiva excepcional a esa zona de la realidad social o no hay razones mínimamente sólidas que lo aconsejen?

Es claro que así planteadas las cosas, el jurista puede someter a crítica la opción legislativa, la presente y la pasada. Ante las perspectivas de mudanza legislativa, en trance de suscitar una normativa especial o, incluso cuando acaba de acometerse, el jurista podrá enjuiciar el comportamiento del legislador. Podrá opinar sobre la grave cuestión de si es o era justificado introducir una normativa especial porque realmente la aparición de nuevas necesidades sociales demandaban una regulación basada en principios diferentes de los que siguen vigentes para disciplinar el resto de la realidad social. O si, por el contrario, es o era más oportuno entrar a saco en la ley vigente, por ejemplo, en el Código Civil, para sustituir los viejos principios por otros diferentes que ya son reclamados no para inspirar la regulación de una parcela de la realidad social, sino para informar la entera realidad que hasta el momento venía siendo el objeto o la materia de aquella ley. Pero, además, también podrá someterse a revisión la razón de mantener bloques normativos segregados del tronco normativo común, porque, quizás, los motivos que, en el pasado, aconsejaron el tratamiento especial de determinados sectores de la realidad social, hoy ya no subsisten, porque ya no hay diferencias sustanciales entre las respectivas materias de la ley común y de la ley especial, de suerte que no se justifica la disparidad normativa, que lo sensato sería la refundición normativa, la unidad legislativa.

IV. CAUSAS DE LA DISGREGACIÓN LEGISLATIVA

El fenómeno de la especialización normativa, de la aparición de leyes que se desgajan del tronco común porque regulan materias que, hasta ese momento, se regulaban por el conjunto normativo que constituía aquél, obedece a la misma causa última, en todos los casos en que aparece: inadecuación de la norma a la realidad regulada. Habrá que hacer precisiones, pero en el comienzo de este proceso, que puede terminar, según dije antes, en la consolidación de una nueva rama autónoma del Derecho, dentro del Ordenamiento jurídico, siempre late la inquietud o el disgusto porque determinada parcela de la realidad social no se estima convenientemente regulada por la norma vigente. Ahora bien, junto a esta razón

sustancial, el fenómeno de la ley especial exige una concausa, como ya señalé: la opción legislativa por promulgar una norma nueva que discipline la materia, en lugar de derogar en lo pertinente y sustituir la norma hasta entonces vigente.

Ahora bien, esta motivación general puede concretarse más, según los casos. ¿Por qué se estima inadecuada la normativa vigente? Entiendo que por una de estas razones: o por razón de las personas destinatarias de aquélla, o por razón de la materia objeto de regulación. Cuando señalo esta alternativa, es claro que hablo en términos de preferencia, de razón predominante, que no excluye a la otra.

a) Así, en el origen del movimiento que culminará con la independencia del Derecho Mercantil o del Derecho Laboral hay que ver el deseo de ajustar el Derecho hasta el momento vigente a una determinada clase o categoría de personas que presentaban peculiaridades respecto al resto.

La cosa es clara para el Derecho Mercantil. Son los comerciantes, agrupados en gremios y corporaciones, los que reclaman normas especiales, distintas a las comunes, para dirimir entre sí sus diferencias, sus litigios o reclamaciones. Tan clara, que surge, incluso, una jurisdicción especial para entender de aquellos asuntos ¹⁰. Lo que no es óbice para que, a la hora de identificar al comerciante se recurra obviamente al dato objetivo de la profesión que ejerce ¹¹. Es más, por mucho esfuerzo que el legislador del XIX, obsesionado por acabar con lo que entendía privilegios de clase, haya desplegado por cuajar un concepto objetivista del Derecho Mercantil, no lo ha conseguido, de manera que el Derecho positivo recurre continuamente a la figura del comerciante –hoy, del empresario– para determinar el ámbito de aplicación del Derecho Mercantil.

Otro tanto acontece con el Derecho del Trabajo que, en el decir del profesor De Castro «reúne caracteres semejantes a aquéllos con los que naciera el Derecho Mercantil, ser privilegio personal, tener fuero propio y reglas de Derecho Privado que difieren de las del Derecho Civil» ¹². El carácter tuitivo del Derecho Laboral para con los trabajadores informa hasta tal punto su existencia legal –y no digamos jurisprudencial– que torna irrelevante cualquier esfuerzo doctrinal por darle otra caracterización que no sea de cuño subjetivista. Tan es así, que la norma básica en la disciplina, se denomina Estatuto de los Trabajadores, que no del Trabajo (Texto Refundido 1/1995, de 24 de marzo).

De igual manera, la pretensión de auxiliar a una clase de personas, los inquilinos, determinó, al término de las guerras mundiales, la legislación especial en materia de arrendamientos urbanos. Como es bien sabido, sin embargo, estamos asistiendo, en la materia, a un retorno al Derecho

¹⁰ Rodrigo URÍA, *Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Madrid, 1974, p. 5.

¹¹ Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 5.ª ed., Madrid, 1968, pp. 9 y 10.

¹² Federico DE CASTRO, *op. cit.*, p. 140.

Común, del que es buena prueba la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, que acaba con importantes privilegios o excepciones a la normativa común, sin duda porque la normativa especial vigente hasta entonces se caracterizaba «por una excesiva protección del inquilino y un absoluto olvido de la disponibilidad del propietario, haciendo gala de una visión maniquea según la cual los roles de rico/pobre –groseramente utilizados– deben ser atribuidos, respectivamente pero sin fisuras, al propietario y al arrendatario»¹³. El fenómeno de retorno señalado es de la mayor importancia y manifiesta la conveniencia de enfocar críticamente toda esta cuestión de la especialización normativa, principio inspirador de este trabajo.

En cambio, no parece que pueda considerarse paralelo al surgimiento de la legislación arrendaticia urbana, el fenómeno del denominado Derecho Agrario, uno de cuyos ejes, sin duda, es el arrendamiento de finca rústica. Aparte de que, de manera general, no se habla de Derecho Agrario hasta los años sesenta de nuestro siglo, es que no parece que la preocupación por el agricultor pueda equipararse a la sentida por el trabajador o el inquilino, en punto al nacimiento de esta normativa especial. Más parece que son la agricultura, la explotación agrícola, la reforma agraria, los temas que se consideran necesitados de tratamiento legislativo especializado, por lo que estaríamos ante una especialización por razón de la materia, más que por razón de la persona. Pero es que, además, a mi juicio y como ya señalé más arriba, elemento caracterizador de la ley especial es el de recaer sobre materia hasta entonces perteneciente al ámbito objetivo de la ley común, por lo que si se trata de una realidad social novedosa o, al menos, no contemplada, ni siquiera por *analogia legis* o *analogia iuris*, por la ley común, en tal caso estaremos ante un Derecho nuevo, pero no en relación de especialidad con el anterior –común–. Tal parece que ocurre con el Derecho Agrario, de contenido multidisciplinar. En opinión de De Los Mozos, en aquél cabe distinguir hasta «tres esferas normativas...». Son éstas, el Derecho Civil agrario, el Derecho de reforma de la agricultura y el Derecho de la empresa y del empresario agrícola, quedando siempre aparte las normas concernientes a la organización pública y a la actuación administrativa en relación con la agricultura¹⁴. Tal amplitud objetiva, nos aleja de la relación ley común-ley especial, para llevarnos al nacimiento de nuevas ramas jurídicas en el Ordenamiento jurídico.

Ya en nuestros días, ha vuelto a manifestarse el deseo de proteger o amparar a determinada categoría de personas como causa de la aparición

¹³ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Estudio Introductorio a la edición de Tecnos, Madrid, 1994, de la LAU, p. 15.

¹⁴ José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español*, I, vol. 1. Salamanca, 1977, p. 143.

de una normativa especial. Me refiero, como es notorio, al llamado Derecho de Consumo, que en perfecto paralelismo con el Derecho Laboral, también ha cuajado en una Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio) y no del consumo. Claro que el artículo 51 de la Constitución encomendaba expresamente al Poder Público la misión de garantizar la defensa de consumidores y usuarios. Otra cosa es el problema que se plantea en trance de señalar quiénes son las otras categorías de personas no amparadas por la Ley especial. Cosa fácil en relación con el Derecho Mercantil o Laboral, pero bastante menos fácil con relación al llamado Derecho de Consumo. Pero de esto diremos algo más adelante.

Para concluir esta breve indicación sobre la razón personal como causa desencadenante de normativas especiales, pudiera ser útil la siguiente consideración. En los casos en que ha sido la indicada la causa de la aparición de leyes especiales, el proceso segregacionista ha llegado a su culminación, esto es, a la consolidación de una nueva rama jurídica. Así como las leyes especiales por razón de la materia, a algunas de las cuales aludiré en seguida, no han consumado el proceso, de suerte que no han perdido su carácter de ley civil extravagante del Código, sin llegar a la plena independencia científica o dogmática, las leyes especiales por razón de la persona terminaron por originar disciplinas plenamente autónomas. Así ocurrió con el Derecho Mercantil y con el Derecho Laboral. Y así se pretende con el Derecho de Consumo.

b) Como recordaba, la materia puede ser la otra razón predominante que lleve a considerar inadecuada la ley vigente. Se estima que determinada parcela de la realidad social presenta unas peculiaridades o exigencias de justa ordenación, que ya no se satisfacen con la normativa que hasta ese momento se viene aplicando. Así, por ejemplo, son leyes especiales fuera del Código Civil, por razón de la materia, la Ley de Usura, de 28 de julio de 1908; la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, de 16 de diciembre de 1954; La Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960; la Ley de Venta de Bienes Muebles a plazos, de 17 de julio de 1965; y la Ley sobre régimen jurídico del Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988.

c) Después de lo expuesto, parece claro que en trance de revisar los fenómenos disgregadores aludidos, habrá que acudir a las causas que los motivaron, para estudiarlas y comprobar su subsistencia o desaparición. Si permanecen las razones de índole personal o material —o en la medida en que permanezcan— que justificaron, en su día, la aparición de la legislación especial, habrá que aceptar ésta. Pero si han desaparecido —o en la medida que hayan desaparecido— no habrá razones para mantener la disgregación normativa y será el momento de derogar total o parcialmente la ley especial para devolver la regulación de esa parcela de la realidad social al bloque normativo originario. Y todavía cabe una tercera conclusión, que también clarifica y simplifica el conjunto normativo.

Puede suceder que lo que se elaboró y quiso como excepción a las reglas generales se haya revelado de aplicación usual, de manera que se hayan cambiado los respectivos papeles, que la excepción se haya convertido en regla y viceversa. O que, definitivamente, parezca más justa o acertada la regulación especial que la común. En tales supuestos, lo sensato será incorporar la normativa especial al tronco común, acabando con la duplicidad normativa.

Y este juicio de oportunidad puede –y creo que debe hacerse– tanto en el ámbito del Derecho Privado para estudiar el estado actual de la cuestión en las relaciones del Derecho Civil respecto al Derecho Mercantil y al Derecho Laboral, cuanto en el ámbito estricto del Derecho Civil, para analizar esa misma cuestión respecto a leyes civiles especiales extravagantes al Código. En el primer capítulo, ya se comprende que el juicio crítico no acabará en la pretensión de que desaparezca, pura y simplemente, un sector del Ordenamiento definitivamente consolidado. Pero sí, probablemente, en que se unifiquen instituciones, lo que significará que se reduzca el contenido o extensión de la normativa especial. En el segundo apartado, sí cabe esperar que, como resultado del estudio, aparezca conveniente la derogación de leyes especiales, bien sin dejar rastro, bien previa transferencia al Código de instituciones o prevenciones que se han revelado más convenientes o acertadas que las codificadas.

No se pretende, en esta modesta aportación, empresa de la magnitud de la señalada. Sólo quiero, a modo de ejemplo, ensayar esta función enjuiciadora respecto de algún caso, en cada uno de los dos capítulos distinguidos, como paso inicial para una tarea que podría continuarse. A ello dedicaré el epígrafe siguiente.

V. ENJUICIAMIENTO DE ALGUNOS CASOS DE ESPECIALIZACIÓN NORMATIVA

a) Acotados los dos ámbitos objeto de atención en este trabajo, en que se manifiesta la relación Derecho común-Derecho especial, veamos, en primer lugar, un fenómeno de especialización en el ámbito del Derecho Privado, en el que se produjo la segregación de ramas independientes desde el tronco común del Derecho Civil. Me voy a referir, en concreto, al Derecho de Trabajo o Derecho Laboral, en su institución fundamental y que originó la disciplina, el contrato de trabajo. En segundo lugar, veremos otra manifestación de este fenómeno, pero en el ámbito del Derecho Civil.

1) No se trata, obviamente, de hacer cuestión de la autonomía del Derecho Laboral. Es evidente que en este sector el ordenamiento jurídico se ha producido aquella evolución a que antes me referí, de suerte que a la primitiva regulación especial de un contrato, se han ido adicionando

otras diferentes cuyo objeto ya no eran materias también reguladas por el Derecho Civil, sino completamente novedosas. De modo que, lo que nació como ley especial se ha convertido en Derecho especial con autonomía e independencia propias, sin perjuicio, como indiqué, de que quepa aquella caracterización de ley especial respecto de la parcela de la realidad social que recibe regulación jurídica tanto por el Derecho Civil como por el Laboral y que, fundamentalmente, viene representada por el contrato de trabajo. Pero son nuevas, desconocidas, en Derecho Civil, materias como la sindical, la negociación colectiva, los conflictos laborales, y, no digamos, la Seguridad Social, aun cuando sea discutible la ubicación dogmática de la ordenación jurídica de esta última institución.

Por tanto, como advertía, no hay temor de que, hoy por hoy, el Derecho Laboral pueda perder su independencia. Sin embargo, sí me parecen oportunas algunas reflexiones sobre el contrato de trabajo; sobre si subsisten las razones que llevaron a configurarlo como contrato especial o excepcional dentro del género arrendamiento de servicios.

2) Para hacerse cargo de este asunto resultan indispensables, a mi juicio, las siguientes consideraciones:

1.^a La regulación civil del contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1583-1587) carece hoy de virtualidad jurídica y social.

2.^a El Derecho Civil ha avanzado notoriamente en lo que era su fin institucional: la protección de la persona. Hoy ya no contempla a la persona casi exclusivamente como un elemento más de la relación jurídica, el sujeto de ésta, sino que la considera en sí misma, para ampararla en cuanto tal. El desarrollo impetuoso de la teoría de los bienes de la personalidad es buena prueba de la evolución indicada. Carece, pues, de sentido contraponer hoy los contratos civiles, en los que prevalecerían intereses patrimoniales, con olvido de los de naturaleza personal, al contrato de trabajo, que prestaría atención preferente a la persona del trabajador. Intereses patrimoniales existen, por hipótesis, en unos y otro. Pero no es menos cierto que la persona contratante, en uno u otro ámbito ha pasado a primer plano. O, dicho con otras palabras, el ordenamiento jurídico civil se preocupa hoy por la justicia material del contrato y la justa composición de los intereses en juego, como lo pueda hacer el ordenamiento laboral respecto al contrato de trabajo.

3.^a A mayor abundamiento, ocurre que la Constitución Española ha elevado expresamente a «fundamento del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás» (art. 10.1). La protección de la persona, en sí misma considerada, se convierte así, inequívocamente, en uno de los valores fundamentales de la comunidad y, por ende, en principio general del Derecho, contra el que no cabe actuación pública o privada. De manera que, entonces, esa justa preocupación por la persona, caracterizadora del Derecho de Trabajo, es compartida, por definición, por todas las ramas del ordenamiento y, señaladamente, como decía, por el Derecho Civil.

4.^a La regulación jurídica de las llamadas condiciones generales de la contratación. Como es sabido, y a la espera de la anunciada ley sobre el particular, las condiciones generales se han contemplado por el legislador a propósito de la tutela de consumidores y usuarios y, así, se han definido por el art. 10.2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, 26/1984, de 19 de julio, como «el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate». Pues bien, el artículo citado, en su apartado 4, declara «nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas» las condiciones generales de la contratación que incumplan los requisitos establecidos en el apartado 1, c) de este descomunal artículo. Estos requisitos pueden resumirse diciendo que son nulas las condiciones contrarias a la buena fe. En palabras de Alfaro Águila-Real, «correctamente encuadrada —quiere decir, como principio general en el desarrollo del Derecho dispositivo— la buena fe debe entenderse, en el ámbito de las condiciones generales, como una prohibición de aquellas condiciones generales que no sean *conformes* con los principios y reglas del Derecho dispositivo y no solamente de las que sean incompatibles con éstos»¹⁵.

5.^a La modificación sustancial de la realidad social regulada por el Derecho del Trabajo. Es afirmación indiscutida la de que esta rama jurídica nació para compensar el enorme desequilibrio entre la parte que ofrecía el trabajo y la que lo demandaba, que colocaba a la empresa o empleador en situación de neta superioridad de fuerzas sobre el trabajador, parte débil en el contrato a quien, frecuentemente, sólo se le ofrecía la posibilidad de aceptar el contrato en las condiciones abusivas en que se le presentaba o rechazarlo, y con él, el único medio de vida con que podía contar. Así, el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo en beneficio del trabajador se convirtió en nota consustancial de aquél. ¿Siguen hoy las cosas igual? Pienso que no, aun cuando reconozco que para fundamentar con solidez esta opinión habría que detenerse en un estudio extenso más sociológico que jurídico. Sin pretender profundizar en la materia, como es natural, parece claro que hoy no es posible levantar el edificio del Derecho del Trabajo sobre un concepto fijo e invariable de trabajador: no hay un tipo único de trabajador. Hay diversos tipos, con sustanciales diferencias entre ellos. Además, en general, puede afirmarse que el trabajador ha ganado en libertad, lo que no quiere decir que tenga tanto dinero como el patrono. Porque, a veces, las cosas se plantean con notorio error. Para que las partes puedan contratar en libertad no se requiere que se hallen en parecida situación económica, sino sencillamente que estén en

¹⁵ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 471.

condiciones de poder renunciar al contrato sin consecuencias intolerables o gravosas ¹⁶. Para el trabajador, ello significa que si no quiere aceptar el contrato en la empresa A, pueda encontrar trabajo con razonable facilidad en la empresa B. El profesor Del Valle, al reflexionar sobre el juego de la autonomía de la voluntad en la contratación laboral, advierte que «la mayor preparación de los trabajadores, la extensión del ámbito subjetivo del contrato de trabajo (que hoy llega a los altos cargos de las empresas), así como las nuevas características del mercado (en el que la gran empresa industrial ya no es la única que concurre) van a contribuir a la petición de mayores cuotas de libertad individual, y a forzar a un replanteamiento de la función de la voluntad de trabajadores y empresarios en el tema apuntado» ¹⁷.

3) En resumidas cuentas, que si la realidad social contemplada por el Derecho Laboral ha variado sustancialmente y si, por otra parte, la evolución experimentada por el Derecho Civil permite responder satisfactoriamente ante exigencias personalistas, habrá que concluir que lo conveniente pudiera ser devolver al Código Civil la regulación del contrato de trabajo, como especie, y especie sobresaliente, del género arrendamiento de servicios, regulación que recogerá ya aquella preocupación por la persona que, si alguna vez pudo estimarse característica del Derecho del Trabajo, hoy se ha extendido, de hecho, a todo el ordenamiento jurídico y, en todo caso, al Derecho Civil. Lo que no será óbice para que, ahora sí por vía de legislación especial, se atiendan necesidades meramente coyunturales, cambiantes, y, por ello, de previsible pronta modificación en su ordenación jurídica, para cuya satisfacción no es oportuna la ley común. Piénsese, por ejemplo, en las llamadas modalidades del contrato de trabajo –artículos 10 al 13 del Estatuto– que han sido objeto de frecuente cambio en su ordenación normativa, y que lo han de ser porque su admisión, contenido y extinción, se hallan muy vinculados a circunstancias macroeconómicas, y el cambio en la situación económica de la nación aconseja adecuar aquel régimen especial a la nueva situación.

4) En la línea indicada, me parece que la incorporación al Derecho Civil de la teoría de las condiciones generales de la contratación –teoría que no debe quedar extramuros del Código, pero luego hablaré de eso–, puede permitir sin dificultad un tratamiento plenamente satisfactorio del contrato de trabajo. Es claro que lo característico de la teoría no es la cualidad personal de una de las partes contratantes, aun cuando hoy legalmente sea así por su ubicación en la ley de protección de los consumidores y usuarios. Lo que caracteriza a las condiciones generales es el procedi-

¹⁶ Vid. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, pp. 66 y siguientes.

¹⁷ José Manuel DEL VALLE VILLAR, «Los límites a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo», en la obra colectiva *El libre desarrollo de la personalidad*, Universidad de Alcalá, 1995, p. 185.

miento seguido para generar el acuerdo de voluntades: una de las partes presenta a la otra el texto del acuerdo ya redactado previamente, y sobre el que, además, no admite negociación, de suerte que el contratante se adhiere o no a la oferta predispuesta. Quiero decir que resulta perfectamente aplicable la teoría en cuestión a las relaciones laborales, en las que la empresa, por razones de organización del trabajo y economía de recursos, dispondrá previamente de los textos de los contratos, que ofrecerá a los futuros trabajadores, a los que, en general, sólo cabrá adherirse o rechazar. Alternativa que, en modo alguno, significa necesariamente falta de libertad contractual para el trabajador adherente como ha demostrado, en general, Alfaro Águila-Real: «lo que garantiza la libre decisión de los clientes no es la negociación, sino la selección entre opciones alternativas y transparentes»¹⁸. El tratamiento jurídico, por ende, que se dé a las condiciones generales de la contratación, en general, cualquiera que sea el ámbito en que se manifiesten, civil, mercantil, laboral, permitirá la regulación razonable y justa de las relaciones contractuales entre empresario y trabajador. Advierto que cuando señalo el cauce de las condiciones generales como instrumento que puede aplicarse satisfactoriamente a las relaciones jurídico-laborales, y que, en consecuencia, permitiría la reintegración del contrato de trabajo al Código Civil, no quiero decir que el régimen jurídico vigente de aquéllas sea aceptable, ni que sería dicho régimen, que es el diseñado por la citada ley de consumidores 26/1984, de 19 de julio, el que se aplicaría en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales. Pero de esto hablaré luego. De todos modos, hoy por hoy, el procedimiento de la negociación colectiva, previo a la celebración del contrato individual, deja poco margen al juego de las condiciones generales. Pero si el contrato de trabajo volviera al régimen común, aquel procedimiento resultaría inaplicable, aun cuando pudiera tener aplicación para los contratos de trabajo especiales, antes aludidos.

El tratamiento jurídico sugerido del contrato de trabajo acabaría con especialidades actuales cuyo mantenimiento resulta más discutible. ¿Está hoy justificada la preferencia jerárquica, como fuente del contrato laboral, de los convenios colectivos sobre los contratos individuales, que se consagra en los apartados 1, b) y 5 del artículo 3.º del vigente Estatuto de los Trabajadores? Y no se diga que no es así por el hecho de que se autorice el establecimiento de condiciones más favorables en contratos individuales. Esto es hoy una pura ficción, que puede resultar altamente rentable a los sindicatos y bastante cómoda al Estado¹⁹ pero que no resiste la crítica. En efecto, desde cuando el aparato burocrático de un sindicato, cuyo índice de afiliación y grado de representación, por consiguiente, son manifiestamente mejorables, sabe mejor que el individuo qué sea para ese indi-

¹⁸ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹ José Manuel DEL VALLE VILLAR, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

viduo lo más favorable. En las circunstancias sociológicas actuales, quizás la admisión de la negociación colectiva, aunque me temo que no tanto por proteger a los obreros cuanto por proteger a los sindicatos, puede ser útil y facilitar las cosas –por las mismas razones, por tanto, de racionalización de la actividad empresarial que justifican las condiciones generales de la contratación–, pero lo que ya no resulta fácil de admitir es que si un trabajador quiere convenir en términos diferentes de los establecidos por el convenio, no pueda hacerlo. Repito que no vale decir que puede hacerlo, si es para mejorar las condiciones pactadas en el convenio, porque ello significa trasladar a la cabeza del burócrata sindical la decisión de lo que mejor conviene al trabajador, quien tiene todo el derecho del mundo a discrepar sobre la valoración sindical de «lo más favorable». De manera que, en trance de pactar determinada modificación respecto a lo que se estableció en el convenio, en materia, por ejemplo de jornada laboral, horas extraordinarias o vacaciones –por poner ejemplos de rigidez y más que discutible merma de la autonomía privada: arts. 34, 35 y 38 del Estatuto–, frente al acuerdo a que hayan podido llegar empresario y trabajador, se alzaría el sindicato, que es el que sabe lo que mejor conviene al obrero, y alegraría que las condiciones establecidas en el convenio son más favorables que las alcanzadas en la negociación privada, por lo que no es posible derogarlas por la vía del contrato individual, dada la preferencia normativa del convenio colectivo. Puede darse, incluso, el caso de que la inmensa mayoría de los trabajadores estén conformes con la variación respecto al convenio y quieran modificar, por ejemplo, el horario de su jornada laboral mediante acuerdos singulares con la empresa. Pues no. El sindicato sabe mejor que nadie lo que conviene, incluso, a la inmensa mayoría de los trabajadores afectados, y puede imponer su voluntad y, por ende, el horario de trabajo que sus burócratas convinieron sobre el que habían convenido los interesados directos. Y, para colmo de sorpresa y embeleso, semejante actuación sindical le parece muy bien al Tribunal Constitucional, en su sentencia 105/1992, de 1 de julio.

En conclusión, estoy convencido –aun cuando aquí sólo se haya apuntado el camino– de que no resultaría ni complicado técnicamente, ni insatisfactorio para los trabajadores, la reintegración del contrato de trabajo al Código Civil, dotándole de una regulación que se inspiraría, obviamente, en muchas cosas que, en su día, constituyeron motivos de especialidad respecto del contrato común, pero que hoy, han sido perfectamente aceptadas en la contratación civil, por lo que han dejado de resultar privativas de la contratación laboral, y suprimiendo otras especificidades que carecen de suficiente justificación²⁰.

²⁰ Sugerencias prudentes, pero en la línea básica defendida en el texto pueden verse en: Federico DURÁN LÓPEZ, «El futuro del Derecho del Trabajo», *Civitas, Rev. Española de Derecho del Trabajo*, julio-agosto de 1996, p. 601.

b) Si en el subepígrafe precedente he sugerido sumariamente una línea de análisis respecto de una de las ramas desgajadas, ya hace tiempo, del tronco común del Derecho Civil, en éste, trataré de aplicar la misma línea argumental pero respecto de otro fenómeno de especialización normativa, mucho más moderno y que, todavía, no puede entenderse que haya consumado su evolución, cuajando en rama normativa autónoma. Vamos a decir algo sobre el llamado Derecho de Consumo.

1) No puede negarse que hoy existe ya un bloque normativo abundante que puede englobarse bajo la denominación de normas dirigidas a la protección del consumidor. Sin ánimo exhaustivo, recordemos la Ley básica, 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, a la que luego han seguido, entre otras normas: R. D., de 21 de abril de 1989, sobre protección de los consumidores en la compra-venta y arrendamiento de viviendas; Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre regulación de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; RD, de 3 de mayo de 1993, sobre regulación del sistema arbitral de consumo; Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; Ley 7/1995, de 23 de marzo, sobre crédito al consumo. Y sabemos que antes de la Ley General de 1984, había ya una floreciente legislación administrativa sobre el particular. Todo este conjunto normativo es interdisciplinar, de modo que ya la Ley General de 1984 está integrada por normas pertenecientes a casi todas las ramas del Derecho, tanto Público como Privado. Como es natural, interesa más a este estudio, el subconjunto de Derecho Privado, en la medida que signifique legislación especial respecto del Derecho Civil. En principio, puede ayudar a distinguir normas de Derecho Público de normas de Derecho Privado la distinción previa de los diversos momentos o etapas que pueden descubrirse en el fenómeno del consumo. Pero, sobre todo, esta distinción de momentos, también puede servir como criterio de política legislativa, a la hora de acudir a uno u otro grupo de normas para disciplinar el fenómeno. En efecto, me parece que pueden descubrirse tres momentos distintos en el fenómeno del consumo: el primero, vendría constituido por todas aquellas actuaciones encaminadas a disponer de un producto terminado, en condiciones de ofrecerse al potencial consumidor: fabricación, almacenamiento, transporte, distribución, promoción publicitaria. El segundo, vendría dado por el acto fundamental de la adquisición del producto o servicio. El tercero, alude a la responsabilidad que puede generarse por el uso de la cosa adquirida, y que puede afectar a todos o algunos de los intervinientes en el proceso que culminó con el acto adquisitivo.

Pues bien, la separación de estas etapas, permite una segunda observación: En la primera de ellas, durante los que podríamos llamar actos preparatorios del consumo, el consumidor no interviene para nada. En las segunda y tercera, el consumidor está presente. O, dicho de otra manera, de las posibles actuaciones perjudiciales que pudieran producirse en la

primera fase, el consumidor no puede defenderse, especialmente –como sería lo normal– si los vicios, defectos o anomalías no aparecen a la vista. Pero, en cambio, en las otras dos fases, el consumidor, sujeto capaz, titular de derechos y acciones, puede perfectamente defender sus intereses particulares, como lo hace en otros ámbitos de la realidad socio-jurídica. Y, aceptadas las dos premisas indicadas, se impone la conclusión: el nivel de intervencionismo estatal ni tiene ni debe ser el mismo en las tres etapas. Así, mientras parece justificado que el legislador acuda a normas de Derecho necesario –en general propias del Derecho Público– para garantizar que los fabricantes de productos de consumo generalizado se atengan a ciertas prevenciones que eviten, en lo posible, el menoscabo o deterioro, no aparentes, de los productos que van a ofrecerse en venta a los adquirentes, parece mucho menos justificada la utilización del mismo recurso durante las otras fases del fenómeno en que, por concurrir un sujeto capaz, el respeto a la autonomía individual debe traducirse en la utilización de normas de Derecho dispositivo –más propias del Derecho Privado– que es lo que se ha venido haciendo desde siempre cuando estaban en juego intereses privados, de orden patrimonial, y el interesado no tenía disminuida su capacidad de obrar.

Sin embargo, el legislador, en materia de consumo, no hace distinciones y, con fervor intervencionista –que, incluso, para los mismos actos preparatorios o primera fase puede resultar excesivo y provocar efectos opuestos a los pretendidos–, entra en asuntos como celebración y eficacia del contrato o responsabilidad contractual, en el ámbito del consumo, armado de normas imperativas que desplazan la autonomía del contratante, a quien no se estima capaz de saber lo que le conviene.

2) Ante el nuevo fenómeno del consumo en masa, la necesidad de racionalización de las empresas fabricantes, distribuidoras, anunciantes o vendedoras, que les lleva a la utilización de condiciones generales de contratación, y los riesgos que pudieran derivar para el consumidor por defectos de los productos adquiridos, se ha saludado por importantes sectores doctrinales la aparición de lo que se ha dado en llamar el Derecho de Consumo, como una nueva rama desgajada del Derecho Civil, caracterizada, entre otras cosas, y fundamentalmente, por la utilización de normas imperativas para regular la contratación sobre bienes y servicios por sus adquirentes finales y con sujeción a condiciones generales de la contratación. Salvo excepciones, en general, me parece que no se ha reflexionado suficientemente sobre si existen o no razones que justifiquen este nuevo intento de especialización normativa, que da al traste con los principios tradicionales que informaban la regulación del contrato. Una cosa es aceptar que en lo que he llamado primera fase del fenómeno consumista sea menester echar mano a normas de *ius cogens*, ante la dificultad del individuo para velar por sus intereses, que, además, pueden estimarse de orden general y no meramente personales –y aun aquí, como he señalado, habría que ponerse en guardia contra excesos burocráticos e

intervencionistas del Estado, por mucho que vengan jaleados desde la Unión Europea— y otra bien distinta que haya que aceptar lo mismo para disciplinar la celebración del contrato sobre aquellos productos, y la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

Pueden señalarse en la legislación consumista, por lo menos, las siguientes anomalías respecto a la legislación común sobre contratos y que constituyen, cabalmente, auténticas quiebras o excepciones del Derecho Civil de contratos:

– Introducción del paternalismo estatal frente al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C. E.) y manifestado en la institución civil de la mayoría de edad, conforme a la cual el ciudadano que la ha alcanzado puede regir su persona y bienes. Sin embargo, la legislación de consumo entiende que el consumidor precisa de una protección de mayor intensidad que el resto de los contratantes que, de hecho, significa tratarle como sujeto con capacidad incompleta o disminuida.

Como no se le considera plenamente apto para saber lo que le conviene, unas veces se impondrá la censura administrativa previa sobre el texto contractual que se le va a proponer; otras, se facultará al juez para que sustituya o conjeture sobre su declaración de voluntad, de suerte que dé nuevo contenido al contrato; y cabe, incluso, que se conceda al consumidor la posibilidad de volverse atrás respecto de lo que libremente pactó ²¹.

– Corolario necesario del presupuesto anterior, es la derogación de los artículos 1255, 1256, 1257 y 1258 del Código Civil. Ya no importa el contenido pactado por las partes. Lo que importa es que éstas hayan pactado aquello que otra cabeza —la del Juez, generalmente— estime como justo equilibrio de intereses, porque si no hay coincidencia, sencillamente, lo primero será sustituido por lo segundo. ¡Ah! Y seguiremos hablando de contrato en el sentido del art. 1254.

– Cuanto antecede conduce, inexorablemente, a la quiebra de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la C. E.) porque como los jueces quedan autorizados por esta novedosa legislación para alterar *ad libitum* el contenido de un contrato, no puede conocerse, *a priori*, la reglamentación contractual que vaya a regir entre las partes.

– Finalmente, una materia tradicional del Derecho Privado y, en concreto, del Derecho Civil, extraída del solar tradicional, es entregada al Derecho Administrativo, sin reparar en las graves cuestiones metajurídicas que se ponen en juego cuando se da por sentado que no existen en Derecho Privado instrumentos idóneos para amparar a la persona —a la persona que consume, si se prefiere— por lo que se hace preciso recurrir al Derecho Público para conseguir aquel objeto.

²¹ Discutible la naturaleza de esta facultad de arrepentimiento. *Vid. Luis Díez-PICAZO, «¿Una nueva doctrina general del contrato?», A. D. C., 1993/IV, p. 1710.*

3) Algunos venimos denunciando este estado de cosas²². Un resumen de los trabajos aludidos permite señalar como principales argumentos en contra de la consolidación de esta sedicente rama jurídica, en el ámbito del Derecho Privado, los siguientes:

– El consumidor no es una categoría jurídica. Será una categoría económica o sociológica, pero no jurídica. ¿Qué diferencia se aprecia entre el contratante de toda la vida y el actual consumidor? El modo de contratar, pero contratantes son ambos. Luego la diferencia no estriba en el sujeto, sino en el instrumento contractual: la utilización o no de condiciones generales de la contratación. Carece de sentido montar un nuevo Derecho Estatutario respecto del consumidor, sobre la base de aceptar que se trata de una persona siempre necesitada de hiperprotección. Sencillamente, porque no es verdad: habrá consumidores avisados y perspicaces; otros, menos sensatos o nada prudentes. Lo que no parece razonable es que el mismo sujeto, inteligente y preparado, hábil para comprar una finca de recreo, por la mañana, a la tarde, se le dote de una protección especial, basada en la presunción inatacable de que es la parte débil y necesitada de la contratación, por el hecho de adquirir, como destinatario final, cualquier bien destinado al consumo doméstico. La persona es la misma: lo que puede ser diferente es el procedimiento de contratar, el modo en que se ha producido el acuerdo de voluntades. Sobre este punto, por tanto, habrá que pensar y será el que haya de recibir, tal vez, nueva disciplina jurídica, pero olvidando la persona en cuanto tal o la naturaleza de los bienes adquiridos porque tratar de jerarquizarlos por razón de necesidad o importancia, nos introduce en un terreno de pleno subjetivismo.

– El reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por un lado, y el modelo de economía de mercado, también reconocido en la Constitución (art. 38), por otro, impiden la supresión de la libertad contractual. Impiden que el Juez, o cualquier otro, pueda sustituir al contratante en la fijación del contenido del contrato. Sólo la autonomía privada de las partes puede llenar aquél, sin perjuicio de las oportunas correcciones judiciales, pero precisamente por no haber jugado en plenitud aquella autonomía, irregularidades que se encauzan y valoran a través de la teoría tradicional de los vicios de la voluntad.

– Por tanto, los ciudadanos tienen derecho a hacer un mal negocio, a equivocarse, y aun cuando ello sea evidente, el Juez no puede alterar el

²² Yo me ocupé del asunto en 1990: «Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho del Consumo», *La Ley*, 1990-3, p. 857. En 1991, apareció la monografía de Jesús Alfaro, antes citada, «Las condiciones generales de la contratación». En 1992, este autor volvió a ocuparse del tema: «Nota Crítica a R. Bercovitz/J. Salas (edits.). Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», Madrid, 1992, *A. D. C.*, 1993-I, p. 299. En 1993, publiqué en *La Ley*, 1993-4, p. 966, «Juicio crítico al pretendido Derecho de Consumo». Finalmente, Alfaro vuelve sobre el tema en otra «Nota crítica. Protección de los consumidores y Derecho de los contratos», en *A. D. C.*, 1994-II, p. 306.

contenido contractual, porque lo que el Ordenamiento jurídico trata de garantizar no es que los contratantes consigan un acuerdo equilibrado, no es que exista entre ellos la mayor reciprocidad de intereses, sino, pura y llanamente, que hayan podido deliberar y resolver en libertad, esto es, que pudiendo haberse abstenido de contratar o contratar con otro, lo hayan hecho finalmente con quien lo han hecho. Si han ejercido su libertad equivocadamente, nada puede hacer el Derecho, porque libertad entraña responsabilidad. O, como dice Alfaro, la justicia del contrato no depende de su contenido sino del procedimiento.

– Libertad contractual significa que los contratantes actúen en un régimen de libre competencia, en virtud del cual son libres para elegir contratar con éste y no con aquél, pero ni significa que efectivamente hayan participado los dos en la determinación del contenido del contrato –también el que compra la finca de recreo puede encontrarse con un contrato predispuesto y frente al que sólo pueda adherirse o no–, ni significa semejante potencia económica en ambas partes o igualdad entre contratantes.

– Finalmente, la mayor parte de las consideradas injusticias contractuales, esto es, el problema de la responsabilidad por incumplimiento del contrato encuentra su solución –debería encontrarla– por la vía del Derecho Procesal, no por la vía de la perversión del Derecho Sustantivo. Pónganse al alcance del justiciable adecuados y enérgicos remedios procesales y él mismo se bastará para remediar aquellos incumplimientos y satisfacer sus intereses. No sucede esto, claro es, cuando ha de enfrentarse con procesos interminables o cuando para conseguir la ejecución de una sentencia aún ha de invertir más tiempo que para obtener aquélla en la fase declarativa del juicio. Pero tan lamentable estado de cosas ha de corregirse por la reforma sensata de los instrumentos procesales y no por la desnaturalización del Derecho Privado.

4) No es que el fenómeno del consumo, desde su perspectiva jurídica, sea una cuestión menor o no merezca la atención de los juristas. Sin duda, ha significado una novedad importante en el Derecho de la contratación. Pero conviene no errar en la identificación de la novedad. Según antes afirmé, lo novedoso no consiste en la persona de uno de los contratantes, a la que se quiere revestir de una cualidad especial: la de ser consumidor. Porque, como consumidores somos todos, semejante cualidad nada específico añade y coincide con la de contratante. Tampoco consiste en la cualidad de los bienes adquiridos, bienes destinados al consumo, si con ello se quiere decir que se trata de bienes de primera necesidad, porque ello nos conduciría a un relativismo inconveniente, toda vez que nos introduciría en la apreciación subjetiva de cada cual, que no tiene por qué coincidir en la jerarquía de necesidad. A mi juicio, la verdadera novedad del fenómeno que estudiamos radica, pura y simplemente, en el procedimiento de contratación, en el modo o manera empleado para llegar al acuerdo de voluntades. Como consecuencia de otro fenómeno que no es

jurídico sino socio-económico, el número de personas interesadas en adquirir los mismos bienes o servicios, unido al desarrollo y caracterización de las empresas encargadas de suministrarlos, que, por razones de economía de escala, racionalización en su funcionamiento y exigencias de competitividad, rechazan el procedimiento de contratación tradicional, esto es, el de negociación individual, caso por caso, con elaboración para cada contratante de un contrato personalizado, se produce un segundo fenómeno que sí es jurídico: el de la contratación en masa mediante condiciones generales de la contratación. Antes recordamos la definición legal, según la letra del artículo 10.2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, integrada por los tres elementos que la doctrina estima constitutivos de su concepto: ser cláusulas contractuales, esto es, integradoras del contenido del contrato; predispuestas, esto es, redactadas antes de su utilización, por la empresa suministradora de los bienes o servicios; e impuestas, de suerte que la contraparte ha de aceptarlas necesariamente si quiere contratar con esa empresa ²³.

Ahora bien, si las cosas son así, lo que nos importa para regular el fenómeno jurídico del consumo –por lo menos en su vertiente jurídico-privada– no es una ley de consumidores sino una ley de condiciones generales de la contratación, cuya elaboración y promulgación haría inútil la Ley 26/1984, de 19 de julio, en sus aspectos jurídico-privados. Pero hay más. Considerada la dimensión del fenómeno y resultando que el número de contratos celebrados por el procedimiento indicado es muy superior al de convenidos por el modo tradicional, la única política legislativa sensata, en mi opinión, sería la de rechazar la tentación de la ley extravagante al Código y llevar al seno de éste la regulación de las condiciones generales de la contratación, precisamente al título II de su libro IV. No es el lugar para entrar en tema de semejante trascendencia. Como es sabido, existe un anteproyecto de ley de condiciones generales de la contratación, de fácil acceso y consulta ²⁴ que, desde luego, mejora notablemente la regulación realizada por la Ley 26/1984 citada. En este momento, lo único que, quizás, convenga advertir es que la autonomía privada es el cimiento de la contratación, de manera que si el procedimiento en cuestión, a través de condiciones generales precisa de un tratamiento jurídico específico es, cabalmente, porque respecto de aquéllas no se ejerce la autonomía privada. Su eficacia vinculante –siguiendo a Alfaro– no deriva, por tanto, ni de la autonomía privada, ni de una supuesta naturaleza normativa autónoma, sino de «incorporar el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma, de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho: ley, costumbre y principios generales

²³ *Vid.*, por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Condiciones generales*, cit., p. 114.

²⁴ Puede verse, en CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 3. 4.ª ed., Madrid, 1996, p. 85.

del Derecho»²⁵. En esta línea, la exposición de motivos del anteproyecto aludido afirma que «el sentido del control que se articula no es otro que el de limitar los poderes de configuración negocial del predisponente, de modo que sólo pueda establecer un derecho negocial que sería homologado por el legislador, es decir, un derecho que resulte coherente (para decirlo con las palabras del art. 1258 del Código Civil) con el derecho dispositivo, los usos y la buena fe».

5) El fenómeno nuevo, como se ve, no es privativo de los llamados consumidores, sino que se hace presente siempre que un contratante se adhiera a un clausulado predispuesto. Si la regulación jurídica de este modo de contratación se lleva al Código Civil o, en definitiva se incorpora al Derecho común –para lo que no es imprescindible ubicarla en el Código, aunque sí muy conveniente– es claro que desaparece la normatividad especial. El examen de un pretendido supuesto de especialidad normativa respecto del Derecho Civil común ha manifestado, primero, que el supuesto de hecho, en verdad, no era tan diferente, específico o peculiar, sino que, más bien, podía ser de lo más general y común, y, segundo, que, ante fenómeno tan general, lo acertado será regularlo a través de legislación común. Encajado en su auténtico contorno, esto es, como modalidad de contratación, el pretendido Derecho de consumo pierde su razón de sustantividad, y los fenómenos aludidos pueden ordenarse perfectamente mediante la regulación, común y general, de aquella modalidad de contratar. Lo que no es óbice para que si, realmente, se tropieza con algún hecho vinculado al consumo que exija tratamiento jurídico específico y peculiar, pueda acudir a la técnica de la norma especial. Pienso, por ejemplo, en las llamadas ventas fuera del establecimiento mercantil. Pero una norma especial de este alcance es algo excepcional que no permite, claro es, hablar de un Derecho especial con sustantividad propia.

Me he ceñido, claro es, al subconjunto de Derecho Privado que hoy se ubica en el bloque normativo que se denomina Derecho de Consumo. Y he llegado a la conclusión de que no hay razones sociales ni dogmáticas para mantener esa sedicente normatividad civil privada. Otra cosa puede ser si nos fijamos en el subconjunto de Derecho Público. Ahí encontramos normas administrativas, fiscales, penales. Respecto de este conglomerado cabría hacer un análisis paralelo al que hemos efectuado. En primer lugar, examinar si hay fundamento bastante para regular por vía de ley especial cuestiones que tal vez ya estuvieran contempladas, respectivamente, en leyes administrativas o penales, o que debieran estarlo en éstas y no en leyes extravagantes. Si se conviniera en que hay razones para la legislación especial, estudiar, entonces, si se ha llegado ya, o se está a punto de llegar, al estadio subsiguiente de Rama autónoma, por-

²⁵ ALFARO, *Condiciones generales...*, cit., pp. 101-102.

que, en verdad, se han acumulado ya, a las iniciales, materias, problemas y normas, sin antecedentes en las leyes preexistentes y que deban estimarse rigurosamente novedosos. Entonces, cabría hablar de Derecho de Consumo como Rama autónoma, pero dentro del Derecho Público, no del Privado.

VI. CONCLUSIÓN

Bien a las claras resulta que este trabajo no vale sino como botón de muestra de lo que puede hacerse, con mayor acierto y autoridad. Al igual que he tratado de reflexionar sobre el contrato de trabajo en relación con la teoría general del contrato, puede hacerse con la obligación y contrato mercantiles. El análisis ofrecido para valorar en su justo peso la pretensión de construir una normativa civil especial, atinente a las adquisiciones de bienes y servicios, con sujeción a cláusulas generales de la contratación, puede igualmente realizarse respecto de otras pretensiones semejantes, en materia, por ejemplo, de arrendamientos urbanos o rústicos, o de uso de inmuebles en zonas veraniegas y por períodos temporales breves. A mi juicio, lo que importa es no ceder en el ejercicio del sentido crítico. No es aceptable que se dé por realizado y ya definitivamente implantado un fenómeno jurídico, sea legislativo, sea doctrinal, sin haberlo sometido antes a censura razonable y serena. Me atrevo a opinar que el fenómeno de la especialización normativa es el opuesto, en muchos sentidos, al de la codificación²⁶. Voces muy autorizadas han señalado que los códigos continúan siendo útiles, que no han perdido su razón de ser. Si esto es así —y yo me adhiero plenamente a ese juicio— no puede aceptarse alegremente el fenómeno opuesto. No digo que no pueda ser necesario y oportuno en ocasiones. Lo que afirmo es que, conscientes de que la especialización normativa significa destejer el manto de la codificación, hemos de recibirla críticamente, por intensa que sea esta tendencia en el legislador contemporáneo, y otorgarle carta de naturaleza sólo cuando, en verdad, se descubran razones poderosas para semejante proceder legislativo. Y no sólo esto; no sólo esta sana profilaxis respecto del presente y futuro legislativos. Ese sentido crítico también debe mirar al pasado para ver si es posible facilitar las cosas. Porque en eso consiste, esencialmente, la ley común sobre la ley especial, como en eso consistió la memorable obra de la codificación sobre la jungla normativa precedente. Mirar al pasado, entonces, para comprobar si subsisten o no las causas que determinaron duplicidades normativas en temas de la entidad,

²⁶ En esta línea de pensamiento, Pío CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Pons, Madrid, 1996, pp.103 ss.

por ejemplo, de obligaciones y contratos. Si no subsisten, hay que caminar hacia la reunificación.

Así, creo, que se servirá a la comunidad, incrementando el ámbito de eficacia del principio cardinal de la seguridad jurídica que, no se dude, padece con la multiplicación desmesurada de leyes especiales. Y es una tarea de la mayor importancia para la doctrina jurídica.

VII. *POST SCRIPTUM*: LA NUEVA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

A punto de entregarse a la imprenta este trabajo, aparece en el *BOE*, del 14 de abril, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Parece, pues, oportuno volver a concluir con un breve epílogo, siquiera sea para dejar constancia de la indicada mudanza legislativa.

Ante todo, salta a la vista que el legislador ha seguido la técnica de la ley especial, en contra de la opinión que he defendido en el texto. No se trata de volver sobre el asunto, pero no deja de ser anómalo que la mayor parte de la contratación privada sobre bienes o servicios discorra al margen del Código Civil. Es más fácil hacer una ley especial que reformar el Código, pero menos coherente, más imperfecto desde el punto de vista técnico, y menos respetuoso con el principio de seguridad jurídica.

Como sabemos, el concepto jurídico-positivo de condiciones generales de la contratación nació, entre nosotros, dentro del fenómeno conocido como Derecho de Consumo. Fue la Ley 26/1984, de 19 de julio, la que ofreció un concepto de aquéllas. Pues bien, al promulgar la nueva ley que nos ocupa, el legislador no ha sabido o no ha querido desligarse de aquel origen. Así, la Ley 7/1998 acoge una distinción fundamental: condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales abusivas, que pueden darse en el seno de condiciones generales o en el de un contrato particular, siempre que aquéllas o éste tengan como contratante a un consumidor. Veamos.

Las condiciones generales de la contratación se conceptúan por la nueva ley (arts. 1.º y 2.º) de acuerdo con los criterios doctrinales conocidos y con la ley de defensa de los consumidores, salvo en que se sacan del ámbito subjetivo de los consumidores, como parecía absolutamente necesario y correcto por las razones apuntadas más arriba. Se prescinde, pues, del concepto de consumidor para definir la condición general. Basta con que concurran los tres requisitos de incorporación al contrato, predisposición unilateral y necesidad, y sea profesional el predisponente, esto es, se den dentro del marco de la contratación en masa, que caracteriza a la empresa o al empresario.

Pero como advertía, ha pesado mucho su origen, de suerte que el legislador no ha podido renunciar a sus veleidades paternalistas en pro de

los pobres consumidores. Apartándose del último anteproyecto que conocíamos y, a mi juicio, con quebranto de la continencia de la causa, que dirían los procesalistas, ha aprovechado la ley para modificar la general para la defensa de los consumidores y usuarios, a través de una descomunal disposición adicional primera que, aparte otros cambios: da nueva redacción al artículo 10 de la Ley 26/1984; introduce un nuevo artículo 10 bis; añade una disposición adicional primera para enumerar hasta veintinueve modalidades de cláusula abusiva, hecho insólito y que no puede por menos de escandalizar, por mucho que se suponga impuesto por el Derecho Comunitario. ¡Y pensaba Savigny que el legislador de su tiempo carecía de vocación legisladora!

La incongruencia de la llamada cláusula contractual abusiva, en una ley sobre condiciones generales de la contratación, salta a la vista al observar que:

a) Se desengancha del fenómeno de la contratación en masa que es el que explica las cláusulas de condiciones generales. En efecto, la cláusula abusiva puede darse en el marco de aquéllas o en el seno de un contrato particular «no negociado individualmente» (*vid.* art. 10, Ley 1984, en su nueva redacción). Persiste el error de sobrestimar la llamada negociación individual, por creer que en ella consiste la libertad contractual.

b) Se vincula la cláusula abusiva al contratante «consumidor», cuando las condiciones generales se habían configurado prescindiendo de aquella figura.

De cuanto antecede cabe concluir, sin mayores detalles que parecen impertinentes en este apresurado epílogo, que las críticas vertidas en el texto a propósito de las condiciones generales de la contratación, deben entenderse dirigidas, ahora, a las llamadas cláusulas contractuales abusivas en la contratación entre profesionales y consumidores. Una vez que la nueva ley ha liberado las condiciones generales de su vinculación con el sedicente Derecho de Consumo, aparece con más nitidez el objeto de nuestra crítica que era aquél: aquéllas, sólo en la medida en que se habían utilizado como instrumento de defensa de los consumidores. Por lo menos, esta clarificación doctrinal la hemos ganado ya con la Ley de 13 de abril de 1998.

