

Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad

FEDERICO DE CASTRO

La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor

SUMARIO.—I. *Indicaciones previas*: 1. Propósito de este ensayo. 2. Sobre el método seguido. 3. Ocasión de estas notas.—II. *La ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*: 1. Significado general de la Ley. 2. La protección del consumidor. 3. Eficacia general de la Ley. 4. Alcance de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia. a) La facultad de declarar la nulidad de los convenios restrictivos de la competencia. b) La competencia privativa del Tribunal de Defensa de la Competencia. 5. La Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia en la realidad.—III. *Antecedentes remotos de la protección del consumidor frente a las prácticas restrictivas de la competencia*.—IV. *El concepto de orden público*: 1. Motivos para su estudio en estas notas. 2. El sentido propio del término. 3. El orden público en el Código francés. 4. El orden público según la doctrina. 5. El orden público en los códigos civiles. 6. Naturaleza y funciones del orden público. a) Cláusula general de la Ley. b) Sentido pseudo-técnico del orden público. c) Conexión entre los conceptos de orden público y de buenas costumbres. d) El orden público instrumento de la evolución de la autonomía de la voluntad. e) El orden público y los convenios restrictivos de la competencia. 7. El orden público económico.—V. *¿Hacia otra concepción de la autonomía de la voluntad?*: 1) La concepción liberal del contrato. 2. El contrato por adhesión. 3. Las cláusulas generales de los contratos. 4. Los pactos leoninos. 5. Las normas dispositivas. 6. La naturaleza de cada contrato. 7. La doctrina española.—VI. *La protección del consumidor y la autonomía de la voluntad*: 1. Origen y alcance del movimiento de protección del consumidor. 2. Contenido de la defensa del consumidor. 3. Definición restrictiva del consumidor. 4. La astucia de las definiciones restrictivas del consumidor. 5. Interés de las cuestiones sobre el consumidor para el legislador español. 6. ¿Cómo hacer prácticamente efectiva la protección del consumidor?

I. INDICACIONES PREVIAS (*)

1. *Propósito de este ensayo.*

El largo tiempo ya transcurrido desde que se comenzaron a escribir estas notas, su apariencia heterogénea, visible ya en su mismo título, y las disgresiones que todo ello acarrea, parecen exigir el dar unas explicaciones previas al lector, tanto sobre su general sentido y común propósito, como también sobre la especial ocasión que motivara el examen conjunto de temas, como ellos, tan dispares y «extravagantes» en apariencia para el civilista.

En verdad se trata en todos ellos siempre de una misma cuestión, la del alcance del principio de la autonomía de la voluntad y en concreto del enfrentamiento respecto al mismo, de dos tendencias fundamentales y opuestas.

Coinciden de un lado una serie de corrientes de la doctrina jurídica y de la ideología política, alentadas o fomentadas por poderosos grupos de intereses, que repugnan cualquier limitación de la autonomía (1). La ideología liberal proclama el criterio del «laissez faire», el positivismo predica la desconexión del Derecho respecto a la Ética. Los mercantilistas centran su atención en la empresa y repugnan cualquier intervención judicial sobre la validez de los contratos y defienden la vigencia actual de la «nueva lex mercatoria» (2). El neo-liberalismo insiste en reducir al mínimo la valoración jurídica de las relaciones contractuales, como extrañas al desarrollo y prosperidad económica. En fin, la visión económica del mundo, propia de la «sociedad opulenta», vuelve a los dogmas del viejo liberalismo y se apela para ello a la ciencia económica y se postula la total subordinación del orden jurídico al orden económico (3). De todo lo que se deducirá al carácter absoluto del principio «pacta sunt servanda».

(*) De nuevo he de agradecer aquí a Antonio Manuel Morales su generosa e invaluable ayuda, proporcionándome bibliografía y facilitándome el manejo de libros y revistas.

(1) Las disposiciones legales se interpretarán, al efecto, restrictivamente; el orden público se reduce a deber respetar las instituciones fundamentales del Estado, y la moral se entiende referida sólo a las relaciones sexuales y familiares.

(2) Sobre esto, el *Arbitraje y la nueva «lex mercatoria»* en este ANUARIO, XXXII, fasc. IV (octubre-diciembre, 1979), en especial págs. 660 y siguientes.

(3) Esta dirección se ha revestido de un aspecto más técnico y esotérico en la corriente doctrinal denominada «New Law and Economics»; la que, mediante un pretendido análisis económico del Derecho, reemplaza la moral por la utilidad y verá en los contratos sólo la función de la «facilitación del mercado», la que se persigue mediante el minimizar los costes de transacción. Sobre esta escuela o dirección, el muy notable y erudito estudio de PAZ-ARES (Cándido), *La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho*, en este ANUARIO, XXXIV, III (julio-septiembre 1981), págs. 601 y siguientes. Ha de advertirse, que este trabajo no supone una aceptación a ojos cerrados de la teoría expuesta; conviene al efecto considerar con atención las discretas observaciones críticas hechas sobre ella, especialmente en las conclusiones finales.

En dirección radicalmente contraria, se piensa y se sostiene que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos, conforme a su misma naturaleza jurídica. Criterio que, de modo más o menos declarado o rotundo, se viene defendiendo por muchos autores, se manifiesta en sentencias de los Tribunales y se refleja en varias leyes recientes, en defensa de los consumidores o del contratante más débil. Se piensa que el juez, los juristas, los poderes públicos en general, no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento de un contrato, cualquiera que sea su contenido. El contrato no es sólo cosa de los contratantes, lo que ellos digan querer o del más fácil funcionar del mercado. Cuando se pide por un contratante que se obligue al otro a que cumpla lo que prometió, ya es cosa de los poderes públicos, al ser necesaria su intervención «*manu militari*». Se plantea entonces la cuestión, ¿pueden dichos poderes, en especial los jueces, imponer el cumplimiento de condiciones, cláusulas o pactos que resulten evidentemente injustos o leoninos? Si la pregunta se contestase afirmativamente, se concluye, no se podrá calificar la labor del juez de encarnación de la Justicia, ni al Estado de Estado de Derecho (4).

2. Sobre el método seguido.

Las referidas dos concepciones jurídicas tienen su natural reflejo en la práctica jurídica de los Tribunales. Este efecto puede mostrar mejor que nada el significado social de cada una de ellas y el resultado que su aceptación supondría, llevando a soluciones opuestas en cada uno de los temas aludidos en el epígrafe de este trabajo. Por ello ha parecido oportuno adelantar, como ejemplos ilustrativos de lo que en él se pretende, una referencia a casos relativos a cada uno de los dichos temas.

En favor de los consumidores se han tratado de combatir los monopolios y las prácticas restrictivas de la competencia; en España, por la ley de 1963 y por medio del Tribunal de Defensa de la Competencia. A pesar de una y otro, un espeso entramado de acuerdos y prácticas imponen, en el tráfico cotidiano, condiciones en daño del consu-

Por mi parte, no debo ocultar que la doctrina referida me parece que podría denominarse, mejor que teoría económica del Derecho, teoría económica sin Derecho, en la que, olvidándose de lo que es la esencia del Derecho, se nos ofrece una hábil y recatada versión de tendencia permisiva del incontrolado poder de las grandes empresas y de las multinacionales, autorizada por el lenguaje propio de la ciencia económica a la moda, con sus apelaciones a la estructura del mercado y a la productividad.

(4) Se plantea aquí la cuestión, siempre latente, de qué se entiende por Justicia y por Estado de Derecho. Sin tratar aquí de contestarla (puede verse lo dicho en «extenso» en *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, páginas 11 y siguientes), cabe afirmar que atender sólo a la mencionada dirección económica o mercantilista, supone propugnar una sociedad amoral, en la que el débil es sacrificado, en el altar de la eficiencia del mercado, en beneficio de «los grandes de la economía».

midor. Antiguos y modernos sindicatos, gremios, asociaciones, colegios y grupos profesionales, se ponen de acuerdo para mantener y no disminuir precios (hacer rebajas), a no ofrecer mejores condiciones que los por ellos convenidos. El consumidor las encuentra por doquier en la librería, en la farmacia, en el despacho del profesional colegiado. Surgen entonces las preguntas, ¿son válidos civilmente dichos pactos? ¿Están obligados a cumplirlos entre sí empresarios o profesionales?

Cosa mejor estudiada hoy es la de los pactos abusivos o leoninos, contenidos en las condiciones generales o especiales de los contratos. ¿Son válidos? Por ejemplo, comprar una máquina, que resulta inservible al uso para el que se la adquiere y frente a la reclamación del comprador, se opone un pacto de exención de responsabilidad. ¿Podrá el comprador pedir la nulidad de la compra, que se le entregue otra máquina que funcione debidamente? Pregunta que origina otras cuestiones. ¿Tales pactos leoninos son contrarios al orden público o a las buenas costumbres, o por el contrario el orden público y las buenas costumbres imponen que todos los pactos, cualquiera que sea su contenido, sean respetados?

Otra cuestión de semejante naturaleza presentan las disposiciones especialmente dictadas en beneficio del consumidor, en el ámbito de la contratación. ¿A qué personas habría de considerarse consumidores? ¿Han de excluirse a los vendedores, a la pequeña y mediana empresa, aunque unos y otros sean víctimas de una gran empresa o de una multinacional?

Tales cuestiones —restricciones de la competencia, pactos abusivos y orden público y más en general la protección de los consumidores— son quizá de las más adecuadas para observar cuáles son los límites intrínsecos de la autonomía de la voluntad.

Todavía parece debida una aclaración o justificación sobre el modo en que se ha enfocado este trabajo. Se ha realizado sobre la base de espigar datos y ejemplos, considerados típicos, en la doctrina de los autores, de la jurisprudencia y la legislación; muchos de ellos recogidos de Derechos extranjeros. No se ha pretendido realizar un estudio de Derecho comparado y menos exonerarlo con citas, en prurito de erudición. Se ha procedido así para mostrar algo que parece evidente, la paralela evolución del pensamiento jurídico en los países del mundo del capitalismo occidental, sobre el alcance de la autonomía de la voluntad. Ello resulta del semejante desarrollo de la realidad socio-económica, y del consiguiente enfrentamiento de las pretensiones de las grandes empresas nacionales y de las multinacionales, con los movimientos defensivos frente a ellas, de protección de los más débiles, del consumidor aislado y de la pequeña y mediana empresa (5).

(5) Esta situación no es exclusiva del capitalismo occidental. Se produce también en países en que el Estado es el único empresario y hay descentralización de las empresas. En Hungría se ha creído necesario proteger a las empresas que se «encuentran en posición contractual desfavorable», respecto pactos abusivos (en general a favor de las empresas adquirentes respecto de las productoras); así, en el artículo 209 del Código civil revisado

Al señalado acercamiento de la infraestructura económica de los países de la economía de libre comercio, de los países desarrollados industrialmente y de los en vías de desarrollo (6) se une el influjo en todos ellos de paralelas tendencias ideológicas, políticas y de las varias escuelas jurídicas (7). Puede hablarse, por ello, de una cierta internacionalización de la cultura jurídica (8). La que no sólo resulta del desarrollo e importancia del comercio internacional, de las conferencias y de los acuerdos para facilitarlos; la ciencia, incluso la jurídica, como sistematización de saberes, no conoce fronteras (9). En los distintos países podrán observarse análogas encontradas tendencias y semejantes causas y formulaciones de ellas (10). Lo que ya ha hecho decir que el obstáculo mayor para la unificación del Derecho privado (por ejemplo, la de la venta o la de la comisión) no es la diversidad de leyes nacionales, sino el que los Estados están representados en ellas por expertos de distintas escuelas jurídicas.

En la doctrina y en la práctica española pueden advertirse las mismas encontradas corrientes sobre la autonomía de la voluntad, aunque con menos agudeza que en otros países. La situación actual, de

de la República popular húngara, EÖRSI, *Le condizioni generali di contratto nell'esperienza ungherese*, en *Le condizioni generali di contratto a cura di Massimo Bianca*, Milano, 1979, págs. 249 y siguientes. En el régimen autogestionario de Yugoslavia, la ley sobre relaciones obligacionales (30 marzo 1978) contiene una regla fundamental de protección de los consumidores (art. 8.º), estableciendo límites que corresponden a los del orden público y de la moral (la de la sociedad socialista autogestionaria), BLEGOJEVIC, *Some Features of new Yugoslav law on obligations*, *Yugoeslav law 1981*, Nr. 3, págs. 8 y 10.

(6) Lo que explica el hecho de que, a propuesta del gobierno húngaro, se crease en las N. U. la comisión sobre el comercio internacional (1966) y que se piense en los países socialistas en dictar leyes, sobre la base de la autonomía de la voluntad, para las relaciones comerciales internacionales.

(7) La reciente *Introduzione al Diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, de RAVÀ (Tito), atiende a este hecho. Se explica su referencia a la civilización europea, porque ella ha dado y sigue siendo la pauta de la ciencia jurídica en todo el mundo.

(8) La comunidad cultural jurídica europea no desaparece con la vigencia del Derecho común. A pesar de las leyes y ordenanzas nacionales, sigue existiendo, mientras se mantiene el uso del latín en los libros de Derecho y ellos se editan y difunden sin distinción de países. La gran crisis de esa unidad cultural se produce con el movimiento codificador, éste, a su vez, origina círculos especiales de influencia cultural, como ocurre en torno a los Códigos y doctrina francesa y alemana; y a la misma «Common Law», a uno y otro lado del Atlántico; ni siquiera ha existido una completa incomunicación entre la doctrina continental y la británica; recuérdense, por ejemplo, las obras de Austin, Holland, Pollock y las de los modernos autores de libros de «Jurisprudence», mientras que los autores continentales se refieren de modo creciente al Derecho británico y al de los Estados Unidos; la ignorancia sobre la orientación de las doctrinas extranjeras tiende a disminuir, incluso en los países de más estrecho nacionalismo.

(9) Pese a la conocida frase de Pascal sobre los Pirineos.

(10) Dada la imposibilidad de hacer un estudio o una referencia exhaustiva de los Derechos extranjeros considerados, se limitan las citas a los datos que se estiman más típicos o significativos de las tendencias doctrinales examinadas, sobre la concepción de la autonomía de la voluntad.

rápido cambio de la sociedad de consumo y, sobre todo, la necesaria inserción de España, de hecho o de Derecho, en la Europa de los comerciantes, le coloca ante los mismos choques de intereses y encontradas corrientes ideológicas.

Conocer unos y otros prácticamente, sin dejarse influenciar por intereses clasistas o por la moda, sería medida prudente y hoy hasta necesaria para el jurista español. Advertencia a la que habrá que añadir como auto-advertencia, la de que el civilista educado en el comentario de leyes y sentencias tiene todavía, y aquí muy especialmente, otra más alta tarea, la de buscar y luchar por una más justa ordenación jurídica.

3. Ocasión de estas notas.

Aunque puede no tener interés alguno para el lector, me atreveré a una nueva disgresión y ello será para decirle el motivo primero que llevara a la redacción de este ensayo; pues esto puede servir para explicar (aparte de desgraciadas circunstancias personales) la tardanza de su terminación, para justificar o excusar sus defectos de orden y de redacción y también para contar a qué y a quién se debe el que se haya publicado, con el fin ambicioso de tratar de las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, desde puntos de vista y en materias que pueden considerarse «extravagantes» para los civilistas.

Las notas aquí reunidas se inician con un propósito estricto y modesto, el de dar noticia de la notable sentencia del Tribunal Supremo del 31 de diciembre de 1979 y el de llamar la atención sobre el curioso caso de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya para la venta de aceites minerales y otros productos petrolíferos (1). Plantea la cuestión de la validez del convenio creando dicha Asociación, la que tiene como causa implícita una restricción de la competencia, en daño del consumidor.

El caso referido ofrece, además, la peculiaridad de que, después de haberse planteado ella ante el Juzgado de primera instancia de Bilbao, fuera llevado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

(1) Estando todavía en preparación el comentario a la citada sentencia, SAINZ MORENO publicó una breve nota sobre el mismo, bajo el título *El principio de libre competencia y el orden público económico*. R.E.D.A., número 24, págs. 134-138, en la que se remite a su estudio *Orden público económico y restricciones de la competencia*, R.A.P., núm. 84, sep.-dic., páginas 597-643, en el que dicho autor examina con detenimiento ciertas cuestiones fundamentales que suscitaba el caso, luego resuelto definitivamente en la citada sentencia.

Debo agradecer la primera noticia de ambos estudios a Eduardo García de Enterría, al contarle mi propósito de comentar tan citada sentencia. Hubimos de hablar de su relevancia como manifestación de la protección del consumidor y de la cuestión de los límites de la autonomía de la voluntad, conversación a la que se debe haber cambiado el enfoque del comenzado estudio, y a la que éste en verdad se debe.

La que se acentúa observando que la sentencia del Tribunal Supremo y las tres dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (2), si bien coinciden en aceptar las alegaciones del demandado, que pide la nulidad del convenio constituyendo la Asociación, discrepan en que cada Tribunal llega a dicha conclusión en base a distintos fundamentos y estimando con diferente amplitud la dicha nulidad. Discrepancia que, por ella misma, hacía ineludible buscar las raíces de la «ratio decidendi» de las sentencias de uno y otro Tribunal; tal búsqueda ha sido el motivo principal del cambio de orientación de este trabajo, como ya indica el título que lleva.

El haberse planteado el caso de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya, también ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, hacía inevitable tener en cuenta la ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia y, con ello, seguidamente, la delimitación de jurisdicción entre los Tribunales civiles y el Tribunal de Defensa de la Competencia. Por su parte, los Tribunales civiles habían enfocado la cuestión desde el punto de vista de los artículos 1.255 y 1.275 del Código civil. En uno y en otro supuesto se cierne, abiertamente o en la sombra, el gran tema de la protección de los consumidores.

Es bien posible que hubiera resultado más claro y mejor ordenado este estudio, con una exposición aislada de cada una de las cuestiones mencionadas en el título de este ensayo, y aparte todavía el comentario de la sentencia de 31 de diciembre de 1979. Ello, no obstante, ha parecido preferible tratarlas conjuntamente, con el propósito de encontrar y mostrar la conexión existente entre dichas cuestiones, en la esperanza de conocer mejor así las varias facetas de la protección del consumidor en la esfera del Derecho sobre los contratos.

Dejando aparte la declaración programática de la Constitución, la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia es la única norma que, en nuestro Derecho, manifiesta ocuparse directamente de la protección del consumidor. Por ello, y a la luz del caso de la Asociación de Agentes Mayoristas, ha parecido que se debía tratar, ante todo, del significado, alcance y límite de aquella Ley. Es una manifestación importante del movimiento general de protección del consumidor. Por ello la valoración y solución práctica del caso recordado de la Asociación de Agentes depende de cómo se entiende y aplique la directiva que postula dicha protección. Lo que aunque tiene sus últimas raíces en el Derecho tradicional, nos ha llegado de fuera y, por ello, la experiencia ajena podrá y deberá servir de guía y de contraste.

La solución dada al caso de la Asociación de Agentes Mayoristas por los tribunales civiles muestra una faceta de la protección del consumidor que la ensancha, al invocar el orden público y la causa ilícita.

(2) He de manifestar también mi gratitud a Mariano Gimeno, Magistrado del Tribunal Supremo, que durante algunos años lo fuera también del Tribunal de Defensa de la Competencia; a quien debo interesantes indicaciones sobre la jurisprudencia de dicho Tribunal y sobre su funcionamiento.

De este modo la defensa del consumidor no se entiende de manera estricta, sino que se extiende a la defensa de lo que se viene llamando la parte débil en el contrato.

Estas consideraciones amplían el centro de este estudio, en un intento de aclarar los conceptos vagos y escurridizos de «protección del consumidor» y de «orden público».

Su carácter abstracto se intenta paliar con las referencias a la práctica judicial, a la de los Tribunales Civiles y a la del Tribunal de Defensa de la Competencia. En fin, deberá señalarse que se trata de un ensayo, sin pretensiones dogmáticas, aunque con una clara finalidad, la de que el movimiento de protección al consumidor se potencie al máximo, mediante nuevas leyes y una más generosa interpretación de las existentes, y lograr así que la autonomía de la voluntad no sea amparada fuera de sus justos límites.

II. LA LEY SOBRE REPRESION DE LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

1. *Significado general de la Ley.*

La primera mención del consumidor, como a quien se debe especial protección, se encuentra en la Ley de 20 de julio de 1963. Esta Ley, según entendiera su notable Exposición de Motivos, nace sin verdaderos antecedentes legales en España (3); de modo que pudo calificarse de traje extranjero cortado por sastres foráneos (4). En la misma Exposición de Motivos, se nos dice que la Ley sigue el movimiento legislativo que se iniciara en los Estados Unidos, con la promulgación de la Ley Scherman contra los monopolios y que se desarrolla en ese mismo país, en Gran Bretaña y Alemania, con una política de defensa de la competencia; se insiste, para justificar la necesidad y oportunidad de la Ley, en el desarrollo de dicho movimiento, en muchos otros países y en el hecho de que se hayan incluido cláusulas prohibiendo las prácticas restrictivas de la competencia en una serie de tratados internacionales y, concretamente, en las constituciones de la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero (CECA) y de la Comunidad Económica Europea (Mercado Común) (5).

(3) No se pueden llamar tales los en ella citados (E. de M., II, 1), pues como en la misma se dice, tales precedentes obedecieron siempre a razones de carácter muy concreto. También pueden verse: SENÉN, con la colaboración de BERCOVITZ, GARRIGUES (L. J.) y JIMÉNEZ DE PARGA, *Comentario a la Ley española sobre la Represión de las Prácticas restrictivas de la Competencia*, Madrid, 1969, págs. 57-59; GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la Competencia*, Madrid, 1977, págs. 29-30, nota 12.

Sobre los verdaderos antecedentes en nuestro antiguo Derecho, de carácter general, puede verse lo indicado después en III, Antecedentes remotos de la protección del consumidor frente a las prácticas restrictivas de la competencia.

(4) GARRIGUES, *La Defensa de la Competencia*, 1964, pág. 39.

(5) E. de M. I, 2. Con amplitud y detalle, GALÁN CORONA, en el capítulo II de su antes citada obra, titulado «La regulación protectora de la libre competencia en el Derecho comparado», págs. 53-101.

La Ley sigue así la doctrina de la escuela «neo-liberal», que entiende ser necesario corregir los excesos de la ilimitada autonomía de la voluntad, mediante una legislación antimonopolio, y dictando disposiciones contra las prácticas restrictivas de la competencia, para así eliminar los conciertos contrarios a la libertad real de la contratación.

En la Exposición de Motivos de la Ley se destaca su objetivo, diciendo en sus primeras líneas: «La iniciativa empresarial constituye un factor muy poderoso de desarrollo económico y, consecuentemente de progreso social. Consciente de ello, el Estado, con su política económica intenta crear las condiciones que permitan el máximo despliegue de la libertad de empresa. La Ley pretende «el mantenimiento y consolidación de un sistema económico basado en la empresa privada y el mercado» (E. de M., I, 3. par. 1); constituyendo así «una pieza fundamental del marco institucional de la economía española» (E. de M., I, 3, par. 6).

2. La protección del consumidor.

Dicho criterio concuerda con el de las leyes extranjeras sobre monopolios y libertad de la competencia. En este movimiento legislativo, pueden distinguirse dos momentos. El primero, ya superado, que corresponde a la teoría clásica liberal, la que conforme al viejo dogma de «la soberanía del consumidor», no piensa que este necesite protección y que lo que importa es la libertad del mercado, amparando a los comerciantes concurrentes frente las prácticas colusivas de los competidores. Otro más reciente, y actual, debido al cambio de la situación económica (prepotencia de los empresarios), que se manifiesta en varias leyes nacionales y, en especial, en tratados y acuerdos internacionales; el que considera que las disposiciones sobre la libertad de la competencia tiene todavía otro fin, también inmediato, el de la protección del consumidor (6).

Esta disparidad de enfoque sobre el objeto de este tipo de leyes, hace que haya de preguntarse cuál sea la dirección seguida por la Ley española. Se ha sostenido, que ella protege el interés privado de los competidores, no de los consumidores (7), que cuando éstos resultan favorecidos, ello es indirectamente, siendo sólo un medio de proteger al empresario mediante la salvaguardia de su derecho a la clientela (8). y que la protección de la empresa y su actividad es el objetivo fundamental del Derecho de la competencia. Lo que es «algo reconocido unánimemente por la doctrina, como lo demuestran programas y manuales» (9).

(6) KAMER, *Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts*, Z. f. Sch. R. 98, 1979, I, 1, págs. 60-62, y allí citados.

(7) POLO (Eduardo), *La protección del consumidor en el Derecho privado*. Madrid, 1980, pág. 44.

(8) Id., págs. 45 y 47.

(9) Vol. *íd.*, pág. 63, nota.

Esta opinión, por autorizada que nos parezca, no se compagina bien con los propósitos de la Ley y con la misma letra de la misma. Se ha seguido en ella otra dirección, la que ha visto en las leyes sobre la libre competencia un medio de protección del consumidor. En efecto, se señala que la competencia aumenta el número de las ofertas, mejora la calidad de las mercancías y presiona los precios a la baja. Por esta razón, se ha dicho que la competencia «es el mejor amigo» del consumidor (10). Esta más moderna tendencia (11) es la que parece haber seguido el legislador español.

En la Exposición de Motivos de la Ley, ya de entrada, se nos dice que la necesidad de la Ley viene exigida «por el indeclinable y permanente deber del Estado de defender al consumidor contra los abusos derivados de restricciones intencionadas a la competencia» (E. de M., I, 2); añadiéndose que su trascendencia «resulta patente al observar que consecuencias obligadas de las prácticas restrictivas son la elevación de precios, aunque no existan justificaciones basadas en los costes o en la situación de aprovisionamiento, el mantenimiento de precios excesivamente altos a pesar de las medidas de liberación económica que se adopten, el empeoramiento de los productos o de los servicios, la lentitud en el desarrollo e incluso la tendencia al estancamiento económico» (12).

La Ley muestra esa misma preocupación por atender a la protección del consumidor. El artículo segundo declara prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales alguna empresa explota su situación de dominio de manera injustificadamente lesiva para «los intereses de los consumidores». Más significativo, en este mismo sentido, es todavía la regulación establecida respecto de las prácticas exceptuables. El Tribunal de Defensa de la Competencia queda facultado para autorizar, a petición de parte interesada, acuerdos y decisiones que no obstante implicar restricciones de la competencia, contribuyan a pro-

(10) VON HIPPEL (Eikel), *Verbraucherschutz*, 2.^a ed., Tübingen, 1979, página 22, nota 16 (también pág. 117, nota 33), citando el Molony Report (por el nombre de su presidente) o «Final Report of the Committee on consumer protection», respecto Alemania menciona que el Gobierno Federal en sus informes señala la importancia de la competencia para la protección del consumidor, el Bundeskartellamt ha destacado la conexión de ambas figuras, y el Kartellamt ha actuado en ocasiones contra los aumentos de precio. Este mismo autor, al enumerar los métodos para la protección del consumidor, indica ocho, y en tercer lugar el implantar la defensa de la competencia, página 19. También KRAMER, loc. cit., p. 88 y nota 161.

(11) Comp. O.E.C.D., *Consumers Policy. Policy in Members Countries* (1972), núm. 11. Comp. también, GARRIGUES, loc. cit., pág. 75.

(12) E. de M. I, 3 par 2. También se dice que las reglas sobre la competencia fijadas en la Ley evitarán «Situaciones de mercado nada deseables para los consumidores y para el interés general» (E. de M., I, 3, par. 6) y «serios perjuicios para los consumidores y graves obstáculos para el desarrollo económico del país» (E. de M., III, 3, par. 2); concretándose la finalidad de la Ley en la «prohibición de un resultado económicamente dañoso para la comunidad y protección al interés de los consumidores, *ratio* última de la ley» (E. de M., IV, 1, 2).

mover el progreso técnico o económico o contribuyan a mejorar la producción o la distribución de bienes o servicios. Mas esta facultad, a pesar de ser en favor del desarrollo económico del país, se encuentra condicionada a que «los consumidores o usuarios obtengan una parte adecuada de los beneficios que resulten de tales acuerdos o decisiones» (art. 50).

Cierto que, en la práctica, la Ley no ha tenido la repercusión deseable en beneficio del consumidor; pero, puede añadirse que tampoco los buenos propósitos de dicha Ley han logrado general eficacia para liberar el mercado de prácticas colusivas y de las posiciones de dominio que en el mercado alcanzan empresas y gremios socialmente poderosas en daño de empresarios más débiles (13).

3. Eficacia general de la Ley.

La Ley prohíbe las prácticas colusorias contra la libertad de la competencia, para garantizar su eficacia dicta dos tipos de medidas: Unas son las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y que consisten en multas de varia cuantía (arts. 25 y 26) y además «las sanciones impuestas por otras autoridades», bien en la pena prevista en el artículo 237 del Código penal o en multas (art. 27). Otras son las declaraciones que dicte el Tribunal y cuyas consecuencias civiles, penales o laborales habrán de ser deducidas en cada caso, por la jurisdicción que corresponda (arts. 9.º y 12).

De las intimaciones y declaraciones que pueda hacer el Tribunal de Defensa de la Competencia nos interesa, ante todo, las que disponen que son nulos, como contrarias a la Ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones que originen prácticas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir falsear o limitar la competencia, en todo o en parte del mercado nacional (art. 1.º). Conforme a esta norma y el artículo 3.º, que señala en particular algunos supuestos considerados típicos (14), dicho Tribunal ha venido re-

(13) Sobre la relativa ineficacia de la ley puede verse lo dicho sobre nota 54.

(14) Dice: «En particular, quedan prohibidas las prácticas concertadas o abusivas que incluídas en los artículos anteriores, consistan en: a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción. b) Limitar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones en perjuicio de la economía nacional. c) Repartir los mercados, las áreas territoriales o sectores de suministros o las fuentes de aprovisionamiento. d) Desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal a la eliminación de los competidores. e) Aplicar en las relaciones comerciales con terceros contratantes condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionándoles con ello desigualdad en su condición competitiva. f) Subordinar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos del comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos».

solviendo casos de interés directo para el consumidor. Así, por ejemplo, se declaran nulos convenios y acuerdos en los que se establecen precios mínimos de venta al público (15), se fijan precios máximos de adquisición (16), se reparten los mercados (17) o se limita de otro modo la libertad de empresa (18). En el caso de la Asociación de Mayoristas de Vizcaya, se han declarado nulos algunos de los pactos del convenio que la crea (19), por tener fines anticompetitivos en daño del consumidor (20), (21).

Otra declaración, que compete hacer al Tribunal de Defensa de la competencia, es la de declarar «prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales una o varias empresas explotan su situación de dominio en la totalidad o en parte del mercado, de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores (22).

En esta disposición caben destacar algunas notas. Ante todo, que para la declaración de práctica abusiva, no se requiere que se trate de práctica surgida de convenio, decisión o conducta consistentemente paralela para impedir, falsear o limitar la competencia. Después que aquí se atiende directamente a los intereses de los consumidores. Estos intereses se consideran dignos de protección, por la situación de desigualdad económica en la que se encuentran, respecto de quienes dominan

(15) Por ejemplo, S. n.º 11 de la Sección Primera, 28 octubre 1966 :S. N.º 17 de la Sección Segunda, 20 diciembre 1966 y S. N.º 26 del Pleno, 6 julio 1967, desestimando el recurso de súplica; S. N.º 74 de la Sección Primera, 9 julio 1969.

(16) S. N.º 10 de la Sección Segunda, 17 octubre 1966; S. N.º 21 del Pleno, 8 de marzo de 1967, desestimando el recurso.

(17) S. N.º 33 de la Sección Primera, 29 enero 1968 y S. 21 del Pleno, 8 de marzo 1967.

(18) S. N.º 6 de la Sección Primera, 19 de febrero 1966; S. N.º 133 del Pleno, 27 abril 1977, estimando en parte recurso de súplica, de la Sección Segunda, n.º 131, 30 dic. 1972.

(19) El artículo 13, dos, dispone que se declarará la nulidad de los convenios, acuerdos y decisiones «en la parte que den lugar a las prácticas prohibidas».

(20) S. de Sección Primera, 13 abril 1977, declarando la existencia de prácticas prohibidas, así como la nulidad del convenio.

(21) S. del Pleno de 23 de junio 1977, ante recurso de súplica, ampliando la sentencia recurrida, declarando qué pactos son nulos en concreto y cuáles no proceden declarar nulos; S. del Pleno, respecto al recurso de reposición que desestima, de 22 de septiembre 1977.

(22) Artículo 2.º, uno. El apartado dos sigue diciendo: «A los efectos de esta ley se entiende: a) que una empresa goza de posición de dominio cuando para un determinado tipo de productos o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo. b) que dos o más empresas gocen de posición de dominio para un determinado producto o servicio cuando no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él. El número tres añade: «La prohibición contenida en el apartado uno de este artículo será también de aplicación a las prácticas abusivas que se realicen al amparo de una posición de dominio establecida por disposición legal».

el mercado; además, se requiere que se explote la posición de dominio de manera injustificadamente lesiva para el consumidor, es decir habrá de existir una lesión injustificada de sus intereses.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en contraste con lo que sucede con los supuestos típicos de prácticas restrictivas de la competencia no habrá de declarar la nulidad de los convenios entre dominantes y dominados (art. 15); dejando que sean los Tribunales civiles los que deduzcan las consecuencias de la declaración hecha de tratarse de una práctica abusiva (art. 10).

Un caso de estas características fue sometido al Tribunal de Defensa de la Competencia. Se trataba de unos contratos celebrados por ciertos labradores olivareros con una empresa de elaboración de aceite de oliva, en los que ésta impone a aquéllos sus condiciones de compra, aprovechando la situación de «indefensión e inferioridad» de los olivareros. El Tribunal declara la existencia de práctica prohibida e íntima a la empresa para que cese en ella, sin prejuzgar las acciones que puedan asistir a los olivareros llevando el caso ante los Tribunales civiles (23). Nos deja así abierta la pregunta: ¿qué acciones cabe utilizar ante estos Tribunales? ¿sobre qué base jurídica? (24), ¿qué significado jurídico cabría dar a la condición de un contrato injustificadamente lesivo? (25).

Todavía, para precisar la eficacia y alcance de la tan citada Ley, importará averiguar su naturaleza y su trascendencia. No habrá duda sobre su carácter innovador en nuestro Derecho, en el momento de su publicación, al incorporarse con ella a recientes movimientos legislativos generales y considerados dominantes en la economía y en el Derecho extranjero. Se recoge en la Ley el principio de la libertad de la competencia, como propio de la política económica a seguir. Lo que ha hecho preguntarse sobre si este principio limita su juego al marco de la ley o si extiende su influencia a todo el ordenamiento jurídico español.

Se ha pensado, que el principio de libre competencia en que se inspira la ley, y que ella trata de imponer, alcanza el significado de «principio general del Derecho español», con el valor de norma aplicable en defecto de ley o de costumbre y de informador del ordenamiento español (art. 1.º, 4 del C. c.). Lo que se ha sostenido basándose en que tal principio opera, además de en la Ley sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, en otras varias leyes, como en la Ley de Contratos del Estado, la Ley de Orden Público, Código penal,

(23) S. N.º 27 de la Sección Primera, 11 noviembre 1967.

(24) En el asunto de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya, el Tribunal Supremo tiene en cuenta el orden público y la causa ilícita. Sobre la respuesta a ésta y la siguiente pregunta, puede verse lo dicho en el apartado IV de este trabajo.

(25) GARRIGUES interpreta la frase «injustificadamente lesiva» como cuando la empresa dominante, atendiendo a su propio lucro, impone su poder a los participantes en el mercado, obligando a los consumidores a pasar por condiciones contractuales no equitativas», *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964, pág. 75.

Reglamento sobre Informaciones Administrativas y Sanciones en materia de Disciplina del Mercado, y todavía, en especial, en la jurisprudencia contencioso-administrativa: destacándose al efecto un «obiter dicta» de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 20 de octubre de 1977 (26).

La referida generosa tesis no parece, sin embargo, concluyente, por varias razones. Extiende demasiado al concepto de «principio general del Derecho», como fuente del ordenamiento jurídico español. Para que se reconozca la existencia de un principio general del Derecho no basta con que varias leyes coincidan en tenerlo en cuenta en su motivación o en su resultado, y tanto menos cuando, como aquí sucede, cada vez que se utiliza tiene distintos y especiales motivos y fines. Además, el principio de libre competencia carece del carácter de ser general. La Ley sobre represión de la Competencia limita, ella misma, su ámbito de aplicación, al considerar las prácticas exceptuables; permitiéndose, en determinadas condiciones, convenios, decisiones y conductas para impedir, falsear o limitar la competencia (27). Sobre todo, el mismo principio de la libertad de la competencia no parece apto intrínsecamente para ser considerado principio general del Derecho. Se trata de una noble aspiración ético-económica, democrática y fomentadora del libre juego económico (28), pero que nunca ha logrado imponerse del todo en la práctica (29). Hoy hasta se reconoce abietramente estar en crisis el principio de libre competencia. En distintos países, también en España, se aconseja y facilita la fusión de empresas, se llega a la autorregulación de grupos sectoriales de empresas y se piensa de este modo en la defensa de las empresas nacionales frente a las extranjeras y las multinacionales. Incluso se ha advertido que, en las Comunidades Europeas y en el Mercado Común, se abandona el antiguo criterio riguroso

(26) SAINZ MORENO, *Orden público económico y restricciones de la competencia*, R. de A. P. 84, sep.-dic. 1977, págs. 609-629.

(27) Artículo 5.º, también artículos 16, 17, 18, 19 y 25.

(28) Este aspecto político puede advertirse en el Proyecto de Constitución Federal de la Confederación Suiza, de 1977, en el que bajo el epígrafe de competencia, el artículo 32, dice: «La Ley impide que restricciones de la competencia, tales como aquellas que resultan especialmente de los «cartels» y organizaciones análogas que dominan el mercado, tengan efectos económica o socialmente perjudiciales. 2. Ella se opone a las concentraciones indeseables de empresas, en particular a la interdependencia («enchêvement», «Verflechtung») de Bancos con otras Empresas. 3. La ley reprime la competencia desleal».

La Constitución española dice que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», pero «de acuerdo con la exigencia de la economía general y, en su caso, de la planificación» (art. 38). De este modo «el orden económico y social justo», predicado por el Preámbulo, queda entregado a la orientación que, en cada momento, tenga el desarrollo legislativo.

(29) GARRIGUES explica que «Esta libertad de competencia es un puro mito, que armoniza con una concepción paradisiaca del mercado de la competencia». En suma, ni la libre competencia es necesariamente un bien, ni el monopolio es necesariamente un mal». *La defensa de la competencia*, Madrid, 1964, pág. 31. Sobre el excepticismo hacia las leyes antitrusts, págs. 28-31.

de la libertad de la competencia. De modo que, ya hace tiempo, pudo decirse que el principio de la libre competencia tan sólo mantiene su misión en el terreno microeconómico (30).

4. *Alcance de la jurisdicción del Tribunal de la Defensa de la Competencia.*

Para conocer debidamente la eficacia de la Ley sobre la Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, respecto de la protección del consumidor, parece indispensable saber cuáles, entre las acciones que puedan favorecerle, han de llevarse ante el Tribunal de la Defensa de la Competencia y qué otras son de la competencia de los Tribunales civiles; y también, como en su caso, una misma cuestión puede plantearse paralelamente ante ambas jurisdicciones. Lo que, al efecto estricto de este estudio se limita a dos cuestiones: la de saber si el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene competencia (jurisdiccional) para declarar la nulidad de convenios, acuerdos y decisiones que restrinjan la competencia, y la de averiguar qué significa la llamada competencia privativa del Tribunal de Defensa de la Competencia.

a) *La facultad para declarar la nulidad de los convenios restrictivos de la competencia.*—En la doctrina se ha planteado la cuestión: ¿el Tribunal de Defensa de la Competencia habrá de declarar la nulidad de cualquier convenio, cuyo objeto sea originar prácticas restrictivas de la competencia, o bien, para hacer tal declaración será necesario, además, probar que de tal convenio se han originado ya prácticas prohibidas? En la doctrina se observan opiniones en favor de una y otra solución (31).

Una autorizada dirección doctrinal estima, en base a una interpretación sistemática y finalista, que tales convenios quedan afectados por la sanción de nulidad, aunque los interesados no hayan realizado prácticas contra la competencia (32). Opinión que puede apoyarse en los siguientes argumentos: El tenor de la ley, que justifica la nulidad de los dichos convenios «como contrarios a la ley y al orden público» (art. 1.º, dos). Los antecedentes de la ley; así el Tratado de Roma, citado como uno de ellos en la Exposición de motivos de la ley (1,2. par. 3); el que entiende estar directamente prohibidas las fuentes de las prácticas colusorias (ar-

(30) MARKET, *Las nuevas tendencias de desarrollo en el Derecho alemán de la competencia*, R.D.M. 169, ab.-jun., núm. 112, pág. 284.

(31) Sobre dicha cuestión, ampliamente, GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, págs. 116-128; recoge con cuidado las direcciones de la doctrina.

(32) SENÉN DE LA FUENTE, con la colaboración de BERCOVITZ (Alberto), GARRIGUES (Luis Joaquín) y JIMÉNEZ DE PARGA (Rafael), *Comentario a la Ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1964, pág. 80.

título 81,1.). Las mismas palabras de la ley, «que originen prácticas de las prohibidas», podrán entenderse referidas a los convenios «que sean susceptibles de originar prácticas de las prohibidas» (33).

La dirección contraria, que es la seguida por el Tribunal de Defensa de la Competencia, se apoya en las palabras antes citadas del artículo 1.º dos, de la ley («que originen prácticas») y en los antecedentes de la elaboración de la ley (34).

Parece esta última la interpretación aceptable, por ser la que resulta acorde con el sistema y estructura de la ley. Puede criticarse su criterio «de lege ferenda», pero resulta la más adecuada y conforme al declarado propósito del legislador y al sistema y estructura de la ley. La Exposición de Motivos nos advierte que con la ley se trata de «establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva» (IV, 3.1). El Servicio de Defensa de la Competencia, que es donde se ha de iniciar el procedimiento, ya sea de oficio, por denuncia o a petición de parte interesada, procederá «instruyendo expediente sobre la posible existencia de prácticas prohibidas» (art. 2,2. uno). Admitido que sea el expediente a trámite, el Tribunal de Defensa de la Competencia dictará resolución, que contendrá la declaración de existencia de prácticas prohibidas o de que no resulte acreditada la existencia de alguna de las prácticas prohibidas a que se refiere la Ley (art. 13, uno a) y d). Declarado que no resulta acreditada la existencia de alguna de las prácticas mencionadas antes, el Tribunal dará por ultimado el expediente, ordenará su archivo y, a petición de parte, publicará la resolución en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 14).

De tales textos resulta que el Servicio de Defensa de la Competencia no podrá iniciar el procedimiento más que en el caso de haberse alegado la existencia de prácticas prohibidas, no bastando con la alegación de un convenio que tenga por objeto prácticas colusorias, pero que no haya dado lugar a ellas. A su vez, el Tribunal de Defensa de la Competencia, al declarar que no existen prácticas prohibidas, no tendrá ocasión de pronunciarse sobre la validez del convenio incriminado.

Es cierto que el artículo 13 de la Ley, en su apartado dos, dispone que el Tribunal: «Asimismo declarará la nulidad de los convenios, acuerdos y decisiones a que se refiere el apartado dos del artículo 1.º de esta

(33) Interpretación apuntada, aunque no aceptada, por GALÁN CORONA, loc. cit., págs. 118-121, entendiéndose ser la más adecuada para la solución de los problemas que se plantean; no la adopta, sin embargo, teniendo en cuenta la constante jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, a la que nos dice atiende para no perder el contacto con la realidad práctica. Al seguir la interpretación dada por dicho Tribunal, dice hacerlo «no sin señalar sus inadecuados resultados», pág. 121. En reseña a la citada obra de GALÁN CORONA, firmada por R., se apoya su «otra interpretación», que no acepta, para seguir la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, A.D.C. XXXIII, 1.º (1980), pág. 132.

(34) Se recuerda que se modificó el texto del artículo 1.º del Proyecto de Ley al aceptar la Ponencia, en su Informe, la enmienda suscrita como primer firmante por el señor Lamo de Espinosa, conforme a la cual «deben sancionarse las prácticas y no los acuerdos, ya que no son los aspectos formales los que interesan», cita de GALÁN CORONA, loc. cit., p. 119, nota 34.

Ley, en la parte que den lugar a las prácticas prohibidas» (35). Mas ello procederá sólo cuando se haya declarado también la existencia de práctica prohibida.

Siendo ello así, cabe preguntarse, por qué y para qué el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene que declarar la nulidad del convenio que origine prácticas prohibidas; tanto más cuanto las consecuencias de dicha nulidad, civiles, penales o laborales, habrán de ser obtenidas por «la jurisdicción que corresponda» (art. 10). El Tribunal de Defensa de la Competencia ha tratado de explicar esta especial mecánica de la Ley, diciendo que la nulidad establecida en el antes citado artículo 13, «puede considerarse accesoria de la consiguiente declaración de existencia de una práctica prohibida», y ello «en evitación del contrasentido que representaría prohibir y sancionar el ejercicio de una actividad que se reputa prohibida e ilícita a la ley y que subsista la cláusula de un convenio que la origine» (36).

b) *La competencia privativa del Tribunal de Defensa de la Competencia.*—La otra cuestión, que habrá que dilucidar para delimitar las respectivas competencias en la materia, de los Tribunales civiles y la del Tribunal de Defensa de la Competencia nos la suscita la interpretación que haya de darse a la frase con la que comienza el artículo 10 de la ley. Dice así: «La competencia del Tribunal será privativa en cuanto a las declaraciones e intimaciones previstas en esta ley».

Implica ella estas dos preguntas: ¿En virtud de esta disposición, se excluye la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria pueda fallar sobre la validez o nulidad de un convenio, que tenga por objeto o finalidad impedir, falsear o limitar la competencia?, ¿dicha jurisdicción será o no competente para declarar la ilicitud de los contratos celebrados por empresas que exploten su posición de dominio en el mercado, de modo injustificadamente lesivo para los intereses de los consumidores?

Tales preguntas se han planteado más de una vez ante los tribunales. Permítanse algunos ejemplos. Habiéndose pedido el cumplimiento de un contrato, se exceptiona que éste infringe la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia y que la competencia para decidir sobre su validez correspondía al Tribunal de Defensa de la Competencia; desestimada la excepción alegada, se acude al Tribunal de Defensa de la Competencia (37). Un grupo de labradores demandan a una empresa ante el Juzgado de primera instancia, para que declare la nulidad de los contratos celebrados entre aquéllos y ésta. El Juez dicta sentencia rechazando la petición de nulidad; aunque estimando la posible

(35) El apartado dos del artículo primero, dice: «Son nulos, como contrarios a la Ley y al orden públicos, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior».

(36) S. del T.D.C., núm. 12, de la Sección Primera, 4 de noviembre de 1966 y S. N.º 20 del Pleno, 9 febrero 1967, desestimando recurso de súplica.

(37) Declara no haber lugar a la nulidad del referido contrato; S. N.º 12. Sección Primera, 4 de noviembre 1966; S. N.º 20, del Pleno, 9 febrero 1967, desestimando el recurso de súplica.

existencia de prácticas prohibidas, remite testimonio de ciertos particulares al Servicio de Defensa de la Competencia, por si éste estimara deber incoar expediente de oficio (38). En el tan citado caso sobre la validez del convenio constituyendo la Asociación de Agentes mayoristas de Vizcaya, la Asociación plantea recurso de reposición ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, pidiendo revocación de la sentencia del pleno que había declarado la nulidad de ciertos pactos de dicho convenio (S. 23 junio 1977); se alega incompetencia y desviación de poder de dicho Tribunal, al enjuiciar sobre la validez de pactos privados, declarados lícitos y válidos por la jurisdicción privada (39).

Razonablemente se ha pensado que, conforme a su sentido literal, los términos de la frase «competencia *privativa*» (art. 10) han de entenderse como diciendo «competencia exclusiva» (40). De esta premisa, se ha deducido que el Tribunal de la Competencia es la *única* jurisdicción competente para declarar la nulidad de convenios, acuerdos y decisiones prohibidas por la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la competencia. Con la consecuencia, aparentemente lógica, de que mientras el Tribunal de Defensa de la Competencia no declare la nulidad del convenio que establezca prácticas colusivas (41), los Tribunales de la jurisdicción ordinaria deberán abstenerse, mientras tanto, de decretar o tener en cuenta dicha nulidad. Más todavía, tales tribunales, si ello se les pidiera por uno de los contratantes, habrían de obligar a su cumplimiento, al cumplimiento del convenio contrario a la ley (42). Lo que resultará especialmente escandaloso, en los casos en que tales contratos ilícitos lleven consigo duras sanciones contra quienes las infrinjan; mediante, por ejemplo, pérdida de acciones (43), de fianzas (44) de un aval cambiario (45).

El comentarista se encuentra aquí ante un aparente dilema. De una parte, repugna que un Juez declare válidos unos pactos y obligatorio su

(38) S. del T.D.C., núm. 27, de la Sección Primera, 11 de noviembre 1967.

(39) El recurso ha de referirse a la sentencia del Juzgado de Bilbao de 28 de enero 1977, luego apelada con éxito ante la Audiencia Territorial. El Pleno del Tribunal desestima el recurso en S. de 22 de septiembre 1977, por las razones que después se estudian (comp. notas 46 y 47).

Es curioso que en esta sentencia no se crea necesario advertir que la señalada sentencia del Juzgado de Bilbao no era firme y había sido apelada.

(40) El Diccionario de la Real Academia Española define el adjetivo «exclusivo», en su segunda acepción como: «Propio y peculiar singularmente de una cosa o persona y no de otras». En el Diccionario de uso del español de Moliner se recoge como única acepción, la de ser «propio y exclusivo de la cosa o persona que se expresa». El Diccionario ideológico de la lengua española, de Casares, se dice que excluye: único, solo.

(41) Lo que dicho Tribunal no podía hacer mientras no se probase la existencia de prácticas prohibidas.

(42) Sobre toda la cuestión, con citas de la doctrina, GALÁN CORONA, loc. cit., págs. 121-122.

(43) Comp. T.D.C., núm. 10, Sección Segunda, 17 octubre 1966; S. núm. 21 del Pleno, 8 marzo 1967.

(44) Comp. T.D.C. S. núm. 74, Sección Primera, 8 julio 1969.

(45) Comp. T.D.C. S. núm. 131, Sección Segunda, 30 diciembre 1972; S. número 133 del Pleno, 27 abril 1977. Comp. también S. TS. 31 diciembre 1979; pérdida de aportación al fondo de maniobra.

cumplimiento, cuando se trata de un convenio nulo, según una ley de interés general. De otro lado, parece igualmente chocante que se desconozca, sin más, lo que parece ser el mandato terminante de una ley. Este «dubium» puede considerarse bien resuelto en la misma ley, como ya lo indican algunas sentencias del mismo Tribunal de Defensa de la Competencia.

En el caso antes referido, de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya, en el que se recordará que la Asociación interpuso recurso de reposición, alegando que adolecía de incompetencia el Tribunal de Defensa de la Competencia (46), el Pleno del Tribunal rechaza el recurso considerando que dicho Tribunal ejerció «las potestades que le son atribuidas en exclusiva, aplicándolas correcta y únicamente a los fines propios que la referida ley persigue», y que se declara la nulidad de unos pactos «con motivo de la declaración de la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia de las que son autores los recurrentes, prohibidas por el artículo 1.º de la misma ley, surgidas o derivadas de los pactos asociativos que se declaran nulos en la misma resolución» (47). En esta misma sentencia se apuntan las razones y límites por los que se define la materia exclusiva y excluyente de la competencia de dicho Tribunal para declarar la nulidad, respecto de la propia de la jurisdicción ordinaria. Aquella: «viene impuesta por la Ley para impedir la persistencia en la ejecución de las prácticas restrictivas de la competencia declaradas prohibidas por el Tribunal y se produce en la esfera del orden público económico, cuya defensa tiene encomendada la referida ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, sin contemplación de los intereses privados de las partes, cuyas contiendas son efectivamente de la exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia». En efecto, dicha competencia limitada y exclusiva, propia de su peculiar materia, se justifica por la Exposición de Motivos de la Ley, en «la necesidad de establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva. Producida la declaración, serán los distintos Tribunales los que enjuicien las consecuencias civiles, penales, administrativas o laborales que de la misma hayan de derivarse, ya sin peligro de interferencias con posible paralización de los diferentes procedimientos y sin riesgo en definitiva, de que el principio de unidad del ordenamiento jurídico insisto en la misma esencia del Derecho sufra menoscabo» (48).

Parece evidente que la finalidad de la Ley se ciñe a la declaración sobre las prácticas prohibidas, a si existen o no existen, o si son exceptuables; declaraciones para las que sólo se reserva el Tribunal la competencia privativa. Lo que se justifica, más que por «la inmediatez de la prueba», por el carácter técnico y de política económica del momento, de las declaraciones de prácticas prohibidas, tan ajenas al conocer propio de los jueces de lo civil. «La ley respeta el campo que corres-

(46) Véase nota 39.

(47) Sobre el carácter accesorio de la declaración de nulidad. S. T.D.C. citada en nota 36.

(48) E. de M., IV, 3, 1. Criterio que se recoge en las últimas frases del artículo 10.

ponde a las distintas jurisdicciones» (E. de M., IV.2, par. 4). «De hecho, la resolución del Tribunal no constituye un mandato u orden de condena ni tiene otros efectos que la indiscutibilidad de los hechos declarados probados por el propio Tribunal» (49). Este valor de «presunción legal de certeza», atribuido a estas declaraciones del Tribunal (art. 10), ha de ser además valorada «cum granum salis», pues corresponde a los tribunales de la jurisdicción ordinaria el calificar jurídicamente los hechos declarados existentes por el Tribunal, conforme a las normas que les sean aplicables en cada caso (49 bis). Por último, ha de recordarse que las declaraciones de nulidad hechas por dicho Tribunal, han de valorarse como accesorias (50), y de alcance limitado, ya que la determinación de sus consecuencias civiles, es decir, su eficacia en la esfera civil, habrá de ser deducida por los tribunales de la jurisdicción civil.

La Ley sobre Represión de las Prácticas Restritivas de la Competencia, no priva a los tribunales de lo civil de la facultad de declarar nulos aquellos convenios que lo sean según las normas civiles aplicables. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha cuidado de decir «que la declaración de nulidad de un contrato o convenio civil compete en principio a los tribunales ordinarios», y respecto al mismo Tribunal, que en la jurisdicción especial que le es propia, «su alcance no puede determinarse con interpretación extensiva, sino limitada a los supuestos que determinaron su establecimiento» (51).

Otra cuestión, y que merece ser estudiada separadamente, es la de cuando, y por cuáles razones los Tribunales de lo civil habrán o podrán declarar nulos los contratos que tengan por fin restringir la competencia en daño de los consumidores, originen o no hayan originado prácticas restrictivas, hayan o no hayan dado lugar a una declaración de prácticas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. En este respecto, se han podido sostener distintos criterios. Entre los que afirman la competencia a tal efecto de los tribunales de lo civil, se ha pensado en la existencia de un principio general de la libre competencia, integrante del orden público económico (52) y también en la utilización de la figura del orden público (civil) del artículo 1.255 del Código civil y la de la causa ilícita conforme al artículo 1.275 del mismo Código (53).

(49) E. de M., IV, 3, 3. Aparte, claro es, de las sanciones que puede imponer el Tribunal y las que por desobediencia a las intimaciones del Tribunal hayan de establecer otras autoridades, artículos 25-28.

(49 bis) De modo análogo al valor dado a las sentencias de lo penal; disfrutando los Tribunales civiles «de plena libertad por lo demás para fijar la *questio facti* libremente y para el juicio axiológico o valorativo», S.T.S. 16 marzo 1981. Comp. lo dicho sobre nota 205.

(50) Así, en la sentencia del T.D.C., citada en nota 36.

(51) Considerando 5.º, S. núm. 12 de la Sección Primera, 4 noviembre 1966, la S. núm. 20 del Pleno, desestima el recurso de súplica interpuesto contra ella.

(52) SAINZ MORENO, loc. cit., págs. 632, 638 y sig. Comp. notas 26-30. Sobre el orden público económico, lo dicho en el apartado IV, 4 f), de este trabajo.

(53) Lo que se apunta bien en la S. T. S. 31 diciembre 1979. Sobre el orden público, el apartado IV de este trabajo.

5. *La Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la competencia en la realidad.*

La ley estudiada impresiona, en una primera lectura, muy favorablemente; contribuye a ello su aleccionadora Exposición de Motivos, la concreción de su articulado y en general su correcta redacción. Desgraciadamente, su repercusión práctica ha sido mínima. No han disminuido los convenios, las decisiones y las conductas concertadas para impedir, falsear o limitar la competencia. Después de publicada la Ley, más bien, unas y otras han aumentado. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado una serie de acertadas sentencias, pero no ha tenido ocasión de favorecer eficazmente la competencia; pues los asuntos que le han llegado han sido de pequeña entidad y no de aquellos que originan daños generales a los consumidores (54).

No es cometido propio de un ensayo de tipo jurídico, el examinar la importancia de una buena ley sobre la libertad de la competencia mercantil, para la mejor organización económica del país, y tampoco tratar de las fuerzas que favorecen, con más o menos justificación, monopolios y oligopolios (55). Lo que importa aquí es advertir la urgencia de reformar la ley, al efecto de que ella tenga la debida eficacia, si se quiere cumplir el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos, de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo sus legítimos intereses (art. 51 Const.). Por ello, sin entrar en detalles, y sólo al dicho efecto, se pueden señalar algunos de los defectos de la ley, que le han quitado virtualidad y que podrían corregirse en beneficio del consumidor.

Posiblemente, la poca trascendencia práctica de la ley, habrá que atribuirle, ante todo, al procedimiento elegido para que llegasen los asuntos al Tribunal de Defensa de la Competencia. Entre los interesados y este Tribunal se interpone el Servicio de la Competencia, dependiente del Ministerio de Comercio. Al Servicio corresponde la instrucción del expediente, sobre la posible existencia de prácticas prohibidas por la ley; quien lo abrirá cuando existan indicios racionales de su existencia, realizará las indagaciones necesarias, oír a los interesados y procederá al recibimiento de pruebas (art. 22) (55). Contra la posible inercia del Servicio, su silencio o dilaciones, sobre la admisión o no admisión de pruebas y frente a su informe-propuesta, ni la Ley ni su Reglamento

(54) GARRIGUES señala con agudeza el contraste existente entre la importancia que le diera a la Ley el Ministerio de Comercio, al presentarla a las Cortes y «la escasa atención y la indiferencia de los empresarios españoles ante la nueva ley», loc. cit., págs. 9-10 y 127. Parece que no sería pecar de suspicaz, pensar que esta conducta, como la de no haber obstaculizado la adopción de la ley, se debe a que, desde un principio, advirtieran que dicha ley nacía sin posibilidad alguna de eficacia práctica.

(55) Puede verse lo dicho antes, notas 28-30. Añádase a ello la presión de los antiguos sindicatos, de las asociaciones de la pequeña y mediana empresa, como también la de los colegios profesionales.

(4 marzo 1965) conceden recurso alguno. Queda en manos del Servicio, de su ilimitado arbitrio, cerrar el camino a cualquier petición o denuncia, por justificada que aparezca (56).

El legislador ha redactado la ley, bajo la preocupación de respetar el campo que corresponda a las distintas jurisdicciones, partiendo siempre del carácter administrativo otorgado al Tribunal de Defensa de la Competencia (57). Ello explica algunas soluciones de la Ley, que han sido justamente criticadas por los comentaristas. El que el Tribunal no pueda declarar la nulidad de convenios, acuerdos y decisiones que tengan por fin u objeto implantar prácticas prohibidas, mientras no se pruebe la existencia de dichas prácticas y el que la declaración de nulidad de un convenio, hecha por el Tribunal, no produzca sin más trámite sus naturales consecuencias en el plano civil y que para obtenerlas sea necesario acudir ante la jurisdicción ordinaria. Lo que hace pensar que el Tribunal hubiera sido más eficaz, en la debida defensa del consumidor, si se le hubiera creado con carácter judicial.

Considerada la Ley desde el punto de vista que aquí interesa, el de la protección del consumidor, la cuestión de mayor importancia práctica es la de la legitimación procesal para pedir la declaración de práctica prohibida. La Ley la resuelve con aparente generosidad. La denuncia de las prácticas prohibidas es pública; podrá hacerla cualquier consumidor, sea o no parte interesada (art. 22), provocando así la instrucción de expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia. Mas esta facultad, en España y en los otros países, resulta ilusoria. El consumidor no se arriesga a llevar su queja ante la autoridad administrativa o ante un tribunal, temeroso de las molestias y gastos que se le originarían, dado su posible monto en comparación con el menor del daño sufrido y de la reparación previsible. Problema práctico que se presenta en general respecto a la protección del consumidor y cuya solución va unida a la de las asociaciones de consumidores y a la regulación que se haya de dar a la institución del Defensor del Pueblo (58).

Todavía habrá de advertirse que una Ley para la represión de las prácticas restrictivas de la competencia, para que resulte prácticamente eficaz en beneficio de los consumidores, no habrá de limitarse a prohibir y sancionar las colusiones de las empresas, entendiendo por éstas las de carácter mercantil o en sentido estricto. Con razón se ha dicho que, «es evidente que los miembros de las profesiones liberales pueden concertar acuerdos que restrinjan la competencia entre los existentes o, incluso,

(56) Todavía hubo de crearse el Consejo de defensa de la Competencia, también dependiente del Ministerio del Comercio, al que habría de darse cuenta de los expedientes que tramita el servicio, antes de su remisión al Tribunal (art. 24).

(57) El artículo 7.º de la Ley crea el Tribunal de Defensa, adscrito en lo administrativo al Ministerio de Comercio; siendo el Presidente designado por el Jefe del Estado y los ocho vocales nombrados por Decreto a propuesta del Ministro de Comercio. El R. D. 24 septiembre 1982 modifica el Reglamento del Tribunal de la Competencia, estableciendo que las partes interesadas pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones definitivas del Pleno del Tribunal en los recursos de súplica.

(58) Sobre ello después, en VI, 6.

encontrarse en una situación de dominio que les permita la realización de abusos, apoyándose en tal situación» (59).

En realidad, sociológicamente, y hasta por cualquier persona sensata, puede advertirse la omnipresencia de acuerdos y prácticas concertadas o paralelas, establecidas por antiguos y modernos sindicatos, juntas, colegios y organizaciones profesionales, las que en defensa de sus intereses económicos (art. 52 Const.), ordenan tarifas, establecen precios mínimos y condiciones abusivas, que habrán de guardar sus miembros y que ellos habrán de imponer a sus clientes (59 bis).

III. ANTECEDENTES REMOTOS DE LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Se habrá podido ver que, en época relativamente próxima, se logra que la protección al consumidor sea estimada como un deber del legislador y, también, como ello ocurre de resultas de la lucha contra los monopolios y la correspondiente defensa de la libertad de la competencia. Este origen explica que las medidas resultantes en una protección del consumidor, hayan aparecido con el prejuicio de que son tan sólo resultado de la moderna búsqueda ordenación del mercado y de la lucha a tal objeto contra las uniones, confabulaciones y prácticas colusivas de las grandes empresas para, con ellas, dominar el mercado. En contraste con este telón de fondo, puede observarse que, en el antiguo Derecho, la condena de los monopolios se deriva del pensamiento de que los monopolios son ilícitos, por ser dañinos para los pobres o consumidores y, con ello, contrarios al bien común o a la utilidad pública (60). Postura que convendrá tener en cuenta, por darse la mano con las más recientes tendencias jurídicas, que explican la protección del consumidor por razones de política jurídica y no sólo de política económica.

(59) GALÁN CORONA, loc. cit., p. 174, en general, y con detalle, págs. 172, 176. En Inglaterra- aunque la «Restrictive Trade Practice Act» de 1976 no cubre los servicios profesionales (abogados, médicos, farmacéuticos, arquitectos), los Tribunales del «Common Law» extienden a ellos su doctrina (exceptúan sólo lo relativo al honor y consideración profesional). ANSÓN, *Law of Contract*, 25 ed., por GUEST, págs. 379-380.

(59 bis) El Ministerio de Economía y Comercio ha presentado un Anteproyecto de Ley general de comercio interior y de defensa de la competencia («B. O. Cortes». Serie A, núm. 184-I, 25 agosto 1982). Desgraciadamente, a pesar de sus buenos propósitos, no ha sabido corregir sus señalados principales defectos.

(60) No se pretende hacer aquí un estudio histórico sobre el tema, lo que sólo sería propio de los especialistas en la materia. Se trata, sencillamente, de recoger algunos datos, encontrados aquí y allá, que muestran que la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia no ha nacido «ex nihilo», como pudiera pensarse leyendo la Exposición de Motivos de esta Ley; también, se ha creído, que dichos datos pueden servir para aclarar la evolución jurídica de la protección del consumidor, frente a los monopolios y con ello dilucidar cuál haya sido su intrínseca y permanente «ratio iuris»; lo que en último término puede servir para interpretar mejor las disposiciones legales y hasta para pensar en sus posibles reformas.

De los datos que han podido aquí tenerse en cuenta, se deduce que, en la antigua Roma, no se conocen hasta hasta muy tarde los monopolios, pues ni siquiera hubo un nombre latino para designarlos (61); aunque eso sí, los cambios político-sociales de Roma hacen que ya, a finales de la República se dicten «senatus consultus» prohibiéndolos (62). Debieron ya proliferar, y en demasía, en el período imperial, pero no se encuentra en el «Corpus» justiniano disposición alguna sobre ellos, hasta entrada la época bizantina. El Código recoge una constitución de León I (a. 463) prohibiendo de modo general los monopolios (63) y otra de Zenón (a. 483), en la que se condenan los convenios establecidos para que no se vendan las mercancías por bajo del precio pactado (64). Sin embargo, parece que muchas autoridades los permitían, expresa o clandestinamente; «quienes vendían el bienestar de los subditos a quienes estaban dispuestos a que funcionase tan monstruoso sistema» (65).

La autoridad del Código justiniano basta por sí sola para que se condenen los monopolios en el Derecho Medioeval, aunque se advierte que ellos podían admitirse si los permitía el Príncipe. Las Partidas recogen este criterio. Se refiere a los monopolios, diciendo: «Cotos e posturas ponen los mercaderes entre sí, faziendo juras e cofradías, que se ayuden unas con otras, poniendo precio entre sí por quanto den la vara de cada paño, e por quanto precio de cada una de las otras co-

(61) Suetonio nos cuenta que Tiberio, llevado por su extremado purismo en el uso del lenguaje, se excusa ante el Senado por emplear el término griego «monopolio», por no existir palabra latina para expresarlo. Dato mencionado en *Vita Duodecim Cesarum. Tiberio*, § 71. En «Lex Julia de annonae», se pena a quien «contra annonae fecerit, societamve coierit, quo annonae carior fiat», D. 48,11,12,2.

(62) PLINIO («maior»). *Naturalis historiae* (también denominada *Naturae Historiarum*, 1.XXXVII) lib. 8, cap. 37. Mucho antes, PLAUTO, *Captivi*, 3.1.29, menciona que los aceiteros de Velabro se concertan en secreto para vender todos al mismo precio; datos recogidos por los humanistas; pasan luego a los autores que se ocupan de los monopolios, Comp. CUJACIO, *Observationum*, lib. X, cap. XVIII; véanse los autores citados en notas 82 y 83.

(63) «... monopoliiis, in quocumque loco vel civitate sint, nullius materiae vel rei utatur», C. 4.59 (1).

(64) «Neve quis illicitis habitis conventionibus coniuret aut paciscatur ut species diversorum corporum non minoris, quam inter se statuerint, venundentur» C. 4.59.1 (2).

(65) PROCOPIO, *Anekdotia* (en latín, «Historia arcana»), 20, 5 y 25, 12. Este dato parece ser cierto, teniendo en cuenta lo que se dice en los fragmentos antes citados del Código. No, en cambio, lo que se cuenta de que Justiniano se lucraba con este tráfico. Me permito advertir que, no obstante la opinión de ciertos historiadores, la lectura de dicho obra muestra por sí misma que se trata de un repugnante libelo, colección de absurdas calumnias, tan inverosímiles como la de afirmar que Justiniano era un archidiablo engendrado en su madre por un demonio (12,13-13,3). La misma atribución de la obra a Procopio parece infundada, si se comparan fechas y lo que se dice en el prólogo del libro. En fin, todo lo que en ella se narra contradice lo que sabemos por otras fuentes (también hasta por las *Historias de las guerras y las Construcciones de Justiniano de Procopio*), sobre lo que fueron e hicieron Justiniano y Belisario.

sas, e non menos». Respecto de lo que se ordena que «non sean puestos sin sabiduría e otorgamiento del Rey, e si los pusieran non valan». Estableciendo contra los infractores y las autoridades que los consintieren penas muy graves (66).

Esta actitud del legislador, un tanto aséptica o pragmática, cambia en su raíz por influencia de los canonistas y, en España, por la importancia dada entre los juristas a las enseñanzas de los autores de Teología moral. Ya Gregorio López, en su glosa a la citada Ley de Partidas, verá desde otro punto de vista la cuestión. La condena de los monopolios no se basará tan sólo en que ellos ponen en peligro el buen aprovisionamiento de los pueblos y el pacífico comercio en las ferias (67). Desde esta época se atiende a la valoración moral de dicha figura, lo que permitiría a Gregorio López advertir a los Príncipes que, al conceder privilegios de monopolios, se procede contra la utilidad pública, enriqueciendo a unos y empobreciendo a otros; amonestándoles a que tengan a Dios ante los ojos y a la utilidad pública, a la que sin diferencia deben servir (68).

Ese buscar apoyo o inspiración en los moralistas, usual en la época de oro de la doctrina jurídica española, se manifiesta también en otros autores. Antonio Pérez, comentando la constitución del Emperador Zenón, no se limita a explicarla, sino que se remite a lo que enseña el P. Molina sobre los monopolios (69), añadiendo que nadie lo ejerza, aunque fuera acogiéndose al rescripto del Príncipe que lo permita (70), pues ello sería contra el Derecho de gentes (71). Matienzo, refiriéndose a las penas que el Juez ha de imponer en caso de monopolio, añade que éstos son ilícitos y obligan a restituir, como lo prueba Domingo de

(66) P.5,7,2. Siguiendo el modelo romano, detallan otros supuestos análogos: los menestrales que convienen en fijar el precio de cada cosa que hacen; los convenios de que nadie trabaje en el oficio, sino aquellos que reciban en sus gremios; que los así recibidos no acaben lo que otro hubiere comenzado; «e posturas e cotos, como estos sobredichas, nin otros semejantes».

(67) Se estimaron los monopolistas tan peligrosos y perjudiciales como los «dardanarii» (D. 47,11,6); acaparadores, que reciben este nombre en recuerdo del mago Dardano.

(68) Glosa 2,i,f., a P. 5,7,2. Sobre dicha Ley de Partidas, también SALÓN DE PAZ, *Prima Pars Consiliorum*, Matymnae Campis, 1576, Cons. 47, fol. 164 vto. y siguientes, quien entiende aplicable esta Ley, curiosamente, a los convenios para no recibir a un noble en la confraternidad de un hospital de nobles, señalando que no se puede hacer algo en perjuicio de terceros, § 7, fol. 165.

(69) La referencia a MOLINA es a *Justitia et Jure* (Tract. II, Disp. 345, *Opera Omnia*, ed. Colonia Allobrogum, 1733, II, págs. 224-227). Se afirma allí que el Rey peca mortalmente concediendo monopolio en perjuicio de los súbditos (§ 3). El mercader que se aproveche de un monopolio debe restituir al dañado (§ 4).

(70) La concesión de monopolios («estancos») «entre nosotros», es regalía exclusivamente del príncipe, TROBAT, *Tractatus de effectibus immemorialis prescriptionis et consuetudines*, Valencia, 1690, qu. XI, § 135, pág. 124.

(71) *Praelectionis in duodecim libros Codicis Justiniani*, ed. Venecia, 1773 a C. 4,59 I § 2, p. 181. Fuera de España, ZOESIO, sobre el mismo texto del Código, se limita a referirse al perjuicio del monopolio que supone encarecer

Soto (72). Del mismo modo, Castillo de Bovadilla se acoge a esta misma autoridad para decir que los monopolios, además de estar penados por las leyes civiles, implican pecado en el fuero de la conciencia y obligan a la restitución (73). Testimonio el suyo de especial interés, pues unía a su conocimiento de la doctrina (73 bis) su experiencia administrativa (74), la que le hizo sentir de cerca que los pactos y convenios monopolísticos no sólo eran contra la razón y equidad natural, sino también en gran daño de los pobres (75).

Aunque con distinto alcance y justificación, en otros países de Europa, se encuentran disposiciones especiales contra los monopolios o se entiende haber sido recibida la constitución del Emperador Zenón; de modo que a mediados del siglo XVIII, pudo establecerse como premisa mayor que, en todos los Derechos («in allen Rechten»), estaban prohibidos los monopolios (76). En corroboración de este dicho, pueden citarse los siguientes datos. El Emperador Carlos V en Bruselas dio una Ordenanza, en la que condena, pena y declara nulos los convenios y acuerdos estableciendo monopolios «para obviar los daños procedentes de los monopolios y contratos ilícitos, que usan varios mercaderes y gentes de oficio en perjuicio de otros buenos y leales mercaderes y gentes de oficio y de toda la cosa pública» (77). También Francisco I las prohíbe en Francia, en la Ordenanza de 1539 sobre maestros de oficios y prohibición de monopolios (78). Domat, en su escueta referencia a los monopolios, no los trata en las «Leyes civiles en su Orden natural», sino considerándolas como propios del Derecho administra-

las mercancías; en las *Annotationes* a esta obra, por NEURATH se hace referencia a la opinión de que no son contra la razón natural y hace la pregunta de si la Liga Hanseática es un monopolio, y señala que está permitida por los Reves, por el Emperador y por costumbre inmemorial, *Commentarius in Codicem Justinianum accurrante Martino Neurath*, ed. Venecia, 1757, a C. IV, 59 págs. 227-228.

(72) *Commentaria (In librum quintum Recollectiones Legum Hispaniae)*, ed. Mantuae: Carpetanae, 1.613, tít. 14, gl. 9, § 13, fol. 412, a. La referencia a SOTO es a *De iustitia et de iure*, lib. VI, § 2, in fine, ed. Salmanticae, 1559, páginas 533-534.

(73) *Política de corregidores y Señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra...* Barcelona, 1624, lib. 3, cap. 4, § 60, II, p. 76, § 66.

(74) Hubo de ser corregidor en Coria y Guadalajara. Su obra muestra gran erudición, y en «Al Lector», en tomo segundo, le dice que «se han de tener muchos libros, aunque se gaste en ello la mitad de la hacienda».

(75) Explica que los que no tienen dinero para pagar el excesivo precio de las cosas, se ven forzados a vender sus alhajas y bestia de labor y aun sus tierras y heredades a viles precios, loc., cit., § 63, pág. 77. Cuenta: «En una ciudad, me acuerdo que tuve que azotar a unos taberneros porque habiendo gran falta de vino de acarreo lo tenían escondido en cueros, de concierto, para no venderlo ni manifestarlo, si no se les subía el precio a su voluntad», § 60, págs. 76-77.

(76) LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Lypciae et guelpherbyti, 1784, XI, página 39. También pág. 38 («omni iuris»).

(77) La recoge REBUFFO, *Commentariorum in Constitutiones Regias Gallicas*, Lugduni, 1555, II, pág. 307.

(78) Comentado ampliamente por REBUFFO, loc. cit., págs. 307-311.

tivo, los menciona en su Derecho público (79). En Inglaterra se dictan varias leyes contra los monopolios, comprendiéndolas entre los delitos como delitos contra el tráfico público por restringir la libertad de industria y comercio (80). En fin, en Italia y en el Imperio germánico se entienden también prohibidas por aplicación directa de la constitución zenoniana (81).

Todavía cabe notar, en la doctrina fuera de España (Escuela Protestante de Derecho natural), una cierta lenidad hacia los monopolios admitiendo que hay algunos que no son contrarios al Derecho natural (82). Mas donde se encuentra un cambio radical de la doctrina sobre los monopolios será en los comentarios al «De Iure Belli ac Pacis», de Grocio, debidos a Enrique de Cocceio y a su hijo Samuel. El primero afirma que los pactos creando monopolios no son contrarios al Derecho natural, porque las partes disponen de lo suyo y no de lo ajeno; ni se actúa contra Derecho contra el tercero, porque éste puede comprar en otra parte y si faltan mercancías, la falta no está en el Derecho. En la «Additio» al texto paterno además se afirma tajantemente que en verdad todo precio es equitativo, pues nadie está obligado a vender su cosa por el precio justo (83).

La considerable atención que las leyes dedicaron a los monopolios y a los pactos que los crearon desaparece súbitamente de leyes y tratados. Ello se explica por la revolución que supuso el triunfo de «las nuevas ideas», a finales del siglo XVIII. Barridas ya las trabas de origen feudal y destruidos los cuerpos intermedios, se piensa que no hay dificultad en que triunfen sin límites los dogmas de la libertad de comercio y de la ilimitada autonomía de la voluntad, «qui dit contracruel dit juste». Dadas tales creencias, hubo de parecer innecesario y hasta aberrante tener en cuenta los monopolios y los convenios que los originaban.

Dichas «nuevas ideas» no tardan mucho en ser recibidas por las leyes españolas. El Decreto de 8 de junio de 1813, dado en Cádiz por las Cortes generales y extraordinarias y que fuera dictado para remover

(79) *Le Droit Public*, 1, tít. 7, sec. 4, art. 8; 1, tít. 12, sec. 1, art. 9; 1, tít. 12, sec. 7, art. 7, ed. París, 1787, II, págs. 83, 138 y 140. También *Supplement du titre III du Droit Public*, tít. 12, 1, pág. 314.

(80) BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, IV. ch. 12 § 9, 4.ª ed. Oxford; 1770, IV, págs. 159-160.

(81) En uno y otro país, por aplicación del derecho romano. Incidentalmente, el CARDENAL DE LUCA, *De Regalibus*. Disc. 117, § 9, *De emptione et venditione*, Dis. 12, § 8. *Teatrum Veritatis et Justitiae*, ed. Venectiis, 1726, II, página 181, VII, pág. 153. LEYSER señala que los príncipes no pueden ejercer o conceder monopolios según las leyes civiles; pero que los príncipes alemanes pueden más que el César en el imperio, loc. cit., pág. 41.

(82) GROCIO, *De Iure Belli ac Pacis*, lib. 2, cap. 12, § 16, ed. BARBEYRAC, Amstelami, 1735, pág. 622; PUFENDORF, *Le Droit de la Nature et des gens*, Lib. 5, cap. 466, ed. Amsterdam, 1754, II, págs. 466-468; HEINECCIO, *Praelectiones academicae in Hugonis Grotii de Iure ac Pacis*, ed. Genovae, 1748, págs. 297-298 (Operum, VIII).

(83) *Comentariis de Henr. L.B. de Cocceii a de Iure Belli ac Pacis de Grocio, con Observationibus de Samuelis L. B. de Cocceii*, II, cap. XII, ed. Lausanae, 1751, pág. 710.

las trabas que han entorpecido el progreso de la industria, establece la libertad de ejercitar industria u oficio útil y deroga las Ordenanzas de los gremios sobre examen, título e incorporación. No haciéndose ya ninguna indicación respecto a los monopolios, seguramente por parecer ello inútil. En la Circular de 28 de junio de 1825, restableciendo las Ordenanzas gremiales y derogando el Decreto de Cortes, hay en cambio una referencia a los monopolios, al añadirse que la Junta de Comercio y Moneda habrá de examinar las Ordenanzas y que «se anule todo lo que pueda causar monopolio por los del gremio». El R. D. de 20 enero 1834 ordena arreglar las Ordenanzas, Estatutos o Reglamentos de cada ramo de industria fabril, para su debida aprobación; disponiendo, a este efecto, en la base 5.^a, que «ninguna Ordenanza gremial será aprobada si contiene disposiciones contrarias a la libertad de fabricación, a la circulación interior de los géneros y frutos del Reino o a la concurrencia indefinida del trabajo y de los capitales». Esta parece ser la última referencia a la protección de la libertad de la competencia. La Ley de 2-6 diciembre 1836, restableciendo el Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813, hubo de parecer que ya eran innecesarias o contradictorias cualquier referencia a los monopolios.

El movimiento codificador en España se inspira en esta misma ideología liberal, ya consagrada en el Código civil francés; ella es recogida tanto en el Código de comercio (arts. 51 y 117) como en el Código civil (1.091, 1.255). El artículo 1.255 contiene la reserva de que los pactos, cláusulas y condiciones contenidas en los contratos para ser válidos, no han de ser contrarios al orden público; ella ha servido como aparato adaptador de la ley a los cambios de ideas que se produzcan en cada época.

Puede observarse en la jurisprudencia este proceder y cómo, en un primer momento, los pactos restrictivos de la competencia se consideran nulos, todavía conforme al criterio tradicional contrario a los monopolios (S. T. S. 15 marzo 1894); después, cuando ya dominan las ideas liberales, cómo serán considerados plenamente válidos dichos pactos (S. T. S. 25 abril 1925), y últimamente, cómo de acuerdo a la moderna tendencia contraria a los monopolios y a las prácticas restrictivas de la competencia, dichos pactos serán estimados nulos, por contrarios al orden público (S. 31 diciembre 1979) (84).

La señalada evolución del Derecho hace que sea de primordial importancia para la protección del consumidor poner en claro el significado y alcance del orden público en la legislación española.

IV. EL CONCEPTO DE ORDEN PUBLICO

1. *Motivos para su estudio en estas notas.*

El concepto de orden público es hoy una de las claves del Derecho internacional privado, objeto de innumerables estudios, en los que se

(84) Sobre las sentencias citadas en el texto, las notas 198 y siguientes.

intenta definir y reducir su esfera de acción (85). En los Derecho civil y mercantil se ha tratado también de fijar el ámbito de su eficacia, en cuánto importa delimitar el alcance de la autonomía de la voluntad.

La «Association Henri Capitant», allá por el año 1962, trata de remediar esta situación de dudas y vacilaciones, proponiendo el orden público como uno de los temas a tratar en su reunión de Quebec. Allí se le califica repetidamente como uno de los enigmas del Derecho (86), y el ponente general resume sus impresiones diciendo que el problema que suscita es uno «de los más arduos y decepcionantes en la hora presente» (87). Poco antes, en un notable trabajo sobre los contratos contrarios al orden público, se habían recogido varios de los numerosos dictérios dedicados a la figura del orden público y a la dificultad —que se dice invencible— de su definición (88).

No se pretende aquí resolver ningún enigma ni hacer ese examen a fondo que puede requerir el concepto de orden público; las notas que siguen tienen un propósito más limitado, considerar las posibilidades que pueda ofrecer dicho concepto para resolver casos como el de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya y en general para determinar el alcance de la protección del consumidor. En orden a ciertas cuestiones básicas, ¿el convenio celebrado para establecer condiciones en daño de los consumidores será contrario al orden público? ¿Es contrario al orden público, el contrato en el que un empresario, aprovechando una posición de dominio o de superioridad económico-social, impone al consumidor condiciones abusivas? ¿Constituye el orden público una limitación inmanente a la autonomía de la voluntad?

Mas no obstante el alcance restringido de estas notas ha parecido no sólo conveniente, sino necesario ir señalando con algún detalle, las dificultades que se ofrecen para apresar el sentido y el significado del término orden público en el Derecho privado, aunque sea sólo al objeto muy limitado de este ensayo.

2. El sentido propio del término orden público

Es tradicional en la doctrina jurídica, como de buen sentido, enseñar que los términos jurídicos han de entenderse, en primer lugar, por su significado gramatical o como dice ahora el Código civil reformado, «según el sentido propio de las palabras» (art. 3.º, 1). Los «termini technici» del Derecho, en contraste con los de otras ciencias, son tomadas de la lengua usual; lo que parece lógico, dado el origen y fina-

(85) Como puede observarse en los Tratados y Manuales sobre colisión de leyes. Comp. nota 131.

(86) *Travaux de l'Association Henri Capitant, pour la culture juridique française*. Montreal, 1956. La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé, págs. 611-808. Así también FONTAINE, pág. 675; MALOURIE, página 749.

(87) BAUDOUIN, *id.*, *id.*, pág. 723.

(88) MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public* (Etude de Droit civil comparé: France, Anglaterra, URSS), Reims, 1953, pág. 3.

lidad social de las reglas jurídicas; criterio al que son especialmente fieles los Códigos civiles, destinados a ser comprendidos por el pueblo (89).

Por ello, al inquirir qué quiere decirnos el Código civil, cuando utiliza el término orden público (90), parece obligado acudir al Diccionario. En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia se entiende por orden público: «situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta» (91). A primera vista resulta ya sorprendente la desconexión entre el lenguaje usual, recogido en el Diccionario, y el utilizado por el Código civil. Sorpresa que aumentará al observar que los textos legales anteriores a dicho Código siguen utilizando el término orden público con su significado ordinario o popular. La Ley de 20-23 abril 1870, llamada de orden público, dice que son su objeto: 1.º «Las medidas gubernativas que las autoridades civiles y militares pueden y deben adoptar para mantener y restablecer el orden público, y para prevenir los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo, y contra el orden público, que la vigente ley penal condena. 2.º La competencia de los Jueces y Tribunales en las causas criminales y el procedimiento a que éstas han de ajustarse.» Semejante valor tiene el término en el Código penal reformado y aprobado por Ley de 17 junio 1870, cuyo título III, del libro segundo, se ocupa de los delitos contra el orden público, en que se castiga la rebelión, sedición, atentados y desacatos a las autoridades y los desórdenes públicos (arts. 243-279) y también en los artículos 585-591, que tratan de las faltas contra el orden público.

El nuevo sentido que vendrá a darse al orden público en nuestro Código civil procede del Código civil francés, y se recibe en el español a pesar de la resistencia que a ello opone García Govená, precisamente por la inadecuación que resultaría con el sentido usual del término.

En el Proyecto de Código civil de 1851, siguiendo siempre el modelo francés, el término se emplea en el artículo 11 (92); en las Concordancias, don Florencio, al comentar dicho artículo, protesta contra su introducción, observando que hubiera sido más propia la locución

(89) La misma doctrina científica procura advertir cuando se desvía un término de su sentido usual, así, por ejemplo, en los términos: persona jurídica, capacidad jurídica, negocio jurídico.

(90) Artículos 6.º, 2 (antiguo art. 4.º), artículos 20, par. últ., 594 y 1.255.

(91) Ed. Madrid, 1970, pág. 947. En el *Diccionario del uso del español*, de MOLINER, se matiza diciendo: «Situación de un país en relación con la sumisión por parte de los ciudadanos a lo establecido por las autoridades, esa situación cuando se mantiene sin disturbios». «Su única preocupación es el orden público». Tranquilidad o ausencia de alboroto, riñas, etc., en lugar público o que trasciendan al público: «Los que alteran el orden público». Madrid, 1971, II, pág. 578. En el *Diccionario Ideológico*, de CASARES, no se recoge la frase en el vocablo orden.

(92) «No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres». Traducción literal del artículo 6.º del Código civil francés.

«jus publicum» romana que la de «orden público», advirtiendo que «en la acepción vulgar *orden* y *sosiego público* son sinónimos» y agrega que «seguramente no es tan mezquino el sentido del artículo 11», sino que se extiende a todo lo que las leyes romanas comprendían en la locución de «jus publicum», es decir, «a todo lo que tenía por objeto la utilidad o moral públicas, la forma y solemnidades de los actos o instrumentos y de los juicios» (93).

Al haber vencido definitivamente en 1889 la tendencia afrancesada, al redactarse el Código civil (94), se empleará el término orden público de variadas maneras en los textos legales: unas veces con el sentido antiguo o vulgar, p. ej., en la Ley de Orden Público (30 de julio de 1969) y en los sucesivos textos del Código Penal (arts. 247, 567, 572), en la Constitución de 1978 (art. 16), y otras veces con el sentido nuevo y más vago, empleado en el Código civil, así, por ejemplo, en el texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, de 8 de abril 1965 (95) y en la Ley orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980 (96). Todavía la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia utiliza el término en la acepción de orden público económico (97).

Esta señalada desconexión del valor semántico o usual del término orden público, respecto del sentido con el que se le empleara en los Códigos civiles, ha sido seguramente la causa primera de ese su carácter enigmático y desconcertante, del que se le acusa en la doctrina. El que posiblemente pudiera explicarse y hasta aclararse observando cómo ese nuevo sentido se origina, cómo llega y se acuña en el Código Napoleón.

3. *El orden público en el Código civil francés*

Resulta indudable que el término orden público, en el sentido especial empleado en el Código civil español, procede del Código francés. Para conocer cual fuera el significado con el que se le recibe en el texto de 1889, interesa saber cómo fuera introducido en el Código Napoleón.

(93) *Concordancias, motivos y Comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, I, pág. 23, comentario al artículo 11.

(94) En el que se emplea el término además de en el artículo 11 (ahora artículo 12,3), también en los artículos 4.º (ahora art. 6.º, 2), 20, 594 y 1.255.

(95) «La Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al orden público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración» (art. 10, par. 1).

(96) «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y del culto tiene como único límite el derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una Sociedad democrática» (art. 3.º, párr. 1).

(97) Artículo 1.º, dos, de la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia y en su Exposición de Motivos, III, 1.

En las leyes francesas dicho especial empleo del término también fue una novedad: apareciendo por primera vez en el artículo 6.º de su Código civil. Aunque posiblemente no resultara en Francia tan disonante de su sentido corriente como en España. Así, Domat entiende por orden público, el orden establecido, el orden de la sociedad (98); acepción amplia que se refleja en algún diccionario francés (99).

En la larga elaboración del Código civil francés aparece tarde el término orden público y entonces se le recibe con críticas. Su origen está en una nueva redacción del título preliminar (de la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general); la que presentará Portalis al Consejo de Estado. El artículo llevaba en aquel momento el número 9 y decía: «La infracción de las leyes que interesan al público no podrá ser amparada ni por convenios ni por desestimación» («des fins de non recevoir»). El Consejero Boulay propone otra redacción. «No pueden derogarse por actos de los particulares las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres». La que se aprueba sin discusión, al parecer (100); texto que será el que, con algunas alteraciones, pasará al Código civil con el número sexto.

La oposición al Proyecto del título preliminar fue muy grande en el Tribunado. En especial el citado artículo que ahora llevaba el número 8.º es censurado por inútil, por no expresar otra cosa que el respeto a la ley, y por ser peligroso, pues podría alegarse o probarse que una ley no interesaba al orden público (101). Los oradores que intervienen en favor del Proyecto alegan haber leyes de Derecho público y de Derecho privado, y que son aquellas las que interesan al

(98) En su *Traité des Loix*, que precede a *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* establece como tercera regla general, la de que estando cada particular ligado al cuerpo de la Sociedad, no debe hacer nada que hiera este orden, lo que se apostilla al margen: «no hacer nada en su particular que hiera el orden público» y en la regla diez, dice que cualquier compromiso no es lícito más que si es conforme al «orden de la sociedad»; y lo que se resume diciendo, en la apostilla marginal, «todos los compromisos que hieran las leyes y las buenas costumbres son ilícitos», cap. IV, Ed. París, 1777, I, págs. X y XI.

(99) En el prestigioso *Dictionnaire de la Langue Française*, de LITTRÉ, se dice: «Orden público, conjunto de las reglas que hacen la seguridad de la sociedad. El fundamento del orden social. Este orden por el que la sociedad subsiste es el que se llama el gobierno de la ciudad, Dumorsois, Lib. Egl. gall., part. 1, máx. 1». Ed. París, 1885, tomo III, pág. 849. El también prestigioso y moderno ROBERT, *Dictionnaire analogique et alphabetique de la langue française* no recoge la frase «ordre public» como especial, aunque menciona «troubler l'ordre public»: la seguridad pública, el buen funcionamiento de los servicios públicos. Ninguno de estos diccionarios se refieren al significado del orden público en el «Code Civil».

(100) FENET, *Recueil Complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, VI, París, 1836, pág. 16; *Procès-Verbaux du Conseil d'Etat, contenant la discussion du Code Civil*. París, Ans. IX et X, I, pág. 14.

(101) En nombre de la Comisión especial del Tribunado, lo hace con estos argumentos, ANDRIEUX, quien señala también que el término «jus publicum» no significaba más que «publicum stabilitum»; FENET, V., págs. 67-68.

orden público (102). Rechazado el Proyecto por el Tribunado se lleva ante el «Cuerpo legislativo», donde se repiten los argumentos en pro y en contra del Proyecto, por los oradores del Tribunado y por los del Gobierno (103).

Unos años después (23 de febrero 1803) llega otra vez nuestro artículo al Tribunado, en nueva y definitiva redacción, ahora ya con el número 6.º (104). Lo presenta Portalis, designado a este efecto por Napoleón. En su discurso enseña el porqué de política jurídica, que explica y justifica la referencia del orden público. Sea permitido reproducir algunos de los párrafos que dedica al dicho artículo: «Algunos jurisconsultos han llevado el delirio hasta creer que los particulares pueden hacer tratos entre ellos, como si vivieran en lo que ellos llaman estado de naturaleza, y consentir en cualquier contrato que pueda ser conveniente a sus intereses, como si no les constriñera ninguna ley. Tales contratos, dicen, no pueden estar protegidos por las leyes que ellos ofenden; pero, como la buena fe, debe ser guardada entre las partes que se han obligado recíprocamente, habrá que obligar a la parte que rehúse ejecutar el pacto a que entregue un equivalente de lo que las leyes no permiten ejecutar en especie. Todas estas peligrosas doctrinas, basadas en sutilezas y para evadir máximas fundamentales, deben desaparecer ante la santidad de las leyes». «Mantener el orden público en una sociedad es la ley suprema. Proteger los convenios contra esta ley sería colocar las voluntades particulares por encima de la voluntad general, eso sería disolver el Estado» (105).

Palabras elocuentes que expresan bien la preocupación determinante de la referencia al orden público en el artículo 6.º (106). Resultaba necesario reaccionar frente a la deformación que había sufrido el principio de la autonomía de la voluntad a manos de los yusnaturalistas no católicos. En el Derecho común los canonistas y los autores sobre Teología Moral habían afirmado aquel principio (107), pero subordinado

(102) En este sentido, LUDAT (FENET, VI, pág. 110), HUGUET (íd, IV, pág. 139), DEMENIER, frente a la crítica de falta de claridad, señala que los Tribunales decidirán lo que interesa al orden público (FENET, IV, pág. 93).

(103) ANDRIEUX (FENET, VI, pág. 242), en contra del artículo; en favor PORTALIS (íd. VI, pág. 271), BOULAY (VI, pág. 310).

El texto del Consejo de Estado se aprueba en 25 de julio 1801. Se comienza a discutir en el Tribunado el 3 diciembre 1801. Es rechazado por el Tribunado en 14 diciembre 1801.

(104) Artículo 6.º «No se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres».

(105) FENET, VI, pág. 362. *Code Civil, suivi de l'Exposé des Motifs de chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement - Des rapports faits au Tribunat*. París, 1820, II, págs. 19-20.

(106) Los artículos 686 y 1.131 del mismo Código mencionan también el orden público; lo que se explica respecto a la constitución de las servidumbres voluntarias, por ser «regla común a todos los convenios» (informe al Tribunado del tribuno ALBISSON, *Code Civil, suivi...*, citado antes, IV, página 134); la referencia a la causa se aprueba sin comentario (FENET, XIII, página 54; *Procés verbaux*, IV, pág. 152).

(107) El adagio «pacta sunt servanda», se encuentra en las extravagantes («Pactum quantumque nudo servanda sunt», X, 1, 35, 1). Sobre la autono-

a las exigencias de la justicia y de la equidad en cada caso (108). Por el contrario, dichos nuevos yusnaturalistas consideran vinculantes todos los convenios, por el hecho de haber sido queridos y por respeto a la libertad individual. A lo más se admitía la ineficacia del contrato especial y expresamente condenado por una ley («pas de nullité sans loi»). Los autores del Código, por el contrario, afirman la superioridad de la voluntad general expresada en la ley, respecto a la de los particulares. A tal efecto siguen una vía media, sólo las leyes que no interesan al orden público y las buenas costumbres podrán ser derogadas por los convenios particulares.

Importa también señalar que, con el Código civil, no se pensaba excluir del ordenamiento jurídico al Derecho extrapositivo, como se ha pretendido, especialmente por la llamada Escuela de la Exégesis. El pensamiento de los redactores del Código civil aparece claro en los trabajos preliminares, especialmente al discutirse el artículo 6.º del Proyecto de Título Preliminar (después art. 4.º del Código), conforme al que el Juez no podrá negarse a juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. Discutiéndose en el Consejo de Estado dicho artículo, Roederer se opone a su eceptación, ya que así se daría un poder excesivo a los Jueces. Los demás consejeros rechazan enérgicamente la objeción; se le responde que se interrumpiría el curso de la justicia si no se permitiera a los Jueces pronunciarse más que cuando la Ley haya hablado; pocos pleitos —se añade— son susceptibles de resolverse según una ley; es por los principios generales, por la doctrina, por la ciencia del Derecho, por lo que siempre se han decidido las cuestiones (109) (110).

mía de la voluntad, otras referencias en *Las Condiciones Generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en este ANUARIO (XIV-II, abril-junio 1961) y en el *Arbitraje y la nueva «Lex mercatoria»*, en el ANUARIO, 1979, pág. 679, nota 206; otros datos en SCHERRER, *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips des Vertragsfreiheit*, Basel, 1948.

(108) Lo que se manifiesta en instituciones correctoras, como la causa suficiente y lícita, la equivalencia de las prestaciones, la lesión, el precio justo, la «cláusula rebus sic stantibus», la condena de la usura.

(109) PORTALIS, TRONCHET y BOULAY se refieren a la necesidad del Juez de pronunciarse en su caso conforme a los principios generales. BIGOT - PREAMENEU cita a los principios de equidad natural, FENET, loc. cit., VI, página 23.

(110) GARCÍA GOYENA (citado en nota 93) se pregunta sobre la razón de que no se utilice por el «Code Civil» el término de «Derecho público», que tiene el aval del Derecho romano, «ius publicum pactis privatorum mutari non potest», D. 2,14,38; también D. 50,17,45, § 15, y por la que se prefiera el empleo del «orden público»; que tiene la contra de que hace pensar que se refiere al «orden de la calle», quizá pudiera contestarse recordando el sentido específico y estricto con el que DOMAT emplea aquel término; quien en las palabras del Prefacio con las que abre su *Droit Public*, explica que «Derecho Público no es otra cosa que el sistema de reglas que miran al orden general del Gobierno y de la Policía de un Estado», en «Les Loix civiles» antes citadas, pág. 13.

4. El orden público según la doctrina.

Desde la aparición del orden público en el texto del Código civil francés, los civilistas franceses y después los de los otros países en los que se ha seguido el ejemplo francés, se han visto y se ven forzados a la tarea ingrata, difícil, quizá imposible, de explicar y definir lo que sea el orden público, en los artículos de los Códigos que lo citan. Desligado de su sentido usual, separado de la tradición del Derecho común, término peculiar del Derecho francés (111), sin base sociológica alguna, no puede ocultarse su naturaleza artificial.

Todo ello crea dificultades, que se traducen en lo numeroso y variado de las fórmulas propuestas por los autores para definir el orden público (112). Su enumeración y cita habría de resultar enojosa para el lector, inevitablemente incompleta y posiblemente inútil. Bastará por ello, al limitado objeto de estas notas, recordar su número y diversidad. Unas, identifican el orden público con las normas de carácter imperativo (113), otras, por el contrario, van desde una referencia a la primacía del interés público (114), hasta matizaciones relativas a la organización estatal, a las reglas esenciales o indispensables para el funcionamiento del Estado (115), «al conjunto de ideas sociales, políticas, mo-

(111) Lo que puede explicar, que se prefiera utilizar la expresión francesa a traducirla al alemán. Así, SIMITIS, *Gute Sitten und «ordre public»*. *Ein Kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138, Abs. 1, B.G.B.*, Marburg, 1960, pág. 79, nota 1, págs. 168-169. En Derecho Internacional Privado se prefiere el término «Vorbehalt Klausel», a traducir «ordre public» por «öffentliche Order», por apartarse del sentido semántico usual en la lengua alemana.

(112) MALAURIE, se entretuvo en recoger veintiuna definiciones del orden público, *Les contrats contraires a l'ordre public* (Etude de Droit civil comparé: France, Anglaterrre, URSS), Reims, 1953, págs. 261-263; a las que hay que añadir la suya propia, págs. 59-60. Número de definiciones que se han multiplicado con el tiempo. Comp. también, ESPÍN, *Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa*, en este ANUARIO, tomo XVI, fascículo III, julio-septiembre 1963, págs. 783-820.

(113) Por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil común y foral. Parte general*, II, segunda edición, s. d., pág. 39. DURANTON, *Cours de Droit suivant le Code français*, Bruxelles, 1841, I, § 109, págs. 24-25. SANTORO PASSARELLI, *Doctrina general del Diritto Civile*, 9.ª ed., pág. 187: principios generales obtenidos de un sistema de normas imperativas.

(114) Por ejemplo, MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, ed. Madrid, 1904, XX, pág. 504; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, ed. Madrid, 1901, VIII, pág. 574; MARCADÉ, *Explication theorique et pratique du Code Napoleon*, París, 5.ª ed., 1859, § 94, pág. 67; LAURENT, *Principes de Droit Civil*, 3.ª ed., I, § 48, pág. 83; RIPERT, BOULANGER, *Traité de Droit civil*, París, 1956, I, § 579, pág. 259. CARBONNIER, *Droit civil*, París, 1955, I, § 25, pág. 88. Discurso del Ministro al presentar la ley de 1954 sobre Nacionalidad (art. 20, último párrafo), cita de PEÑA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), Madrid, 1978, I, pág. 656.

(115) Por ejemplo, AMORÓS, en *Comentario a la reforma del Código Civil*, Madrid, 1977, pág. 308; DE BUEN, *Introducción al estudio del derecho civil*, Madrid, s. d. (1932), pág. 359; FIGA, *La renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la Ley*, en *El Título Preliminar del Código Civil*,

rales, económicas, religiosas a veces, cuya conservación se entiende ligada a la propia existencia de la sociedad» (116), «noción que responde a la idea de la supremacía de la sociedad sobre el individuo» (117). Tentativas que resultan desconsoladoras y de resultados poco convincentes. Unas son rechazadas, por hacer inútil o superfluo el concepto de orden público, al convertirlo en un duplicado de las reglas que se manifiestan imperativamente; frente a otras definiciones se observa que toda disposición legislativa debe estar dictada por consideraciones del interés general; en fin, se rechaza la reducción del orden público a la función de condenar los actos que atenten al funcionamiento o existencia del Estado, pues ello sería no tener en cuenta el origen de la referencia en los Códigos civiles al orden público y el modo de ser éste entendido por los Tribunales (117 bis).

La dificultad de la doctrina para encontrar una definición satisfactoria del concepto de orden público, es de distinta naturaleza, más honda que la que se puede tropezar ante otras figuras jurídicas, respecto de las que los autores se encuentran divididos. Se ha podido decir que «tratar de definir el orden público es aventurarse en arenas movedizas», y diferentes autores lo adjetivan de «suplicio para la inteligencia», de cabalgar en un caballo fogoso que nunca se sabe a dónde llevará, de

Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, pág. 272 (orden social real); SAINZ MORENO, loc. cit., pág. 604; MALAURIE, loc. cit., pág. 69; FERRI, *Ordine pubblico, buen costume e la teoria del contrato*, Milano, págs. 191, sig., página 204, *Ordine pubblico*. a) *Diritto privato*, en Enciclopedia del Diritto, XXX, 1980, págs. 1044, 1050, 1054; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e commerciale*, Milano, 1952, I, § 45,4, pág. 585; MARTY, RAYNAUD, *Droit civil*, París, 1956, I, § 99, pág. 164, II, § 70-75, págs. 61-64; GHESTIN, *Le contrat*, París, 1980, recoge la definición de Planiol (de la cita de Malaurie, pág. 263), § 93, página 66.

(116) BAUDRY-LACANTINERIE, HOUQUES-FOURCADE, *Traité theorique et pratique de Droit civil*, 3.^a ed., París, 1907, I, § 266, págs. 239-240.

(117) CARBONNIER, *Droit Civil*, París, 1957, II, pág. 385; SIMITIS concreta más, los negocios jurídicos contrarios al orden público son los que impiden el funcionamiento de las instituciones jurídicas conforme a los principios generales del Derecho; *Gute Sitten und ordre public*, Marburgo, 1960, página 174.

(117 bis) Nuestro Tribunal Supremo ha definido el orden público nacional en sentencia de 5 de abril 1966 (recogiendo las de 12 de mayo 1944 y 21 diciembre 1963) como integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada (consid. 2.^o). Se trataba de matrimonio de extranjera con español, estando aquella divorciada con arreglo a las leyes de su país. ¿Este matrimonio atentaba contra el orden social de España? Al menos no lo entendió así la Audiencia Territorial de Barcelona, cuya sentencia fue casada por el Tribunal Supremo. La STS de 31 de diciembre 1979, recoge esta doctrina, para aplicarla al caso de una Asociación de Comerciantes constituida con el efecto de limitar la competencia. ¿Su nulidad es necesaria para la conservación del orden social? Hablar en estos casos de peligro para el orden social del pueblo parece no sólo exagerado, sino peligroso.

Se ha pensado, que «orden público y buenas costumbres, si se entienden de modo apropiado, son los servidores de los principios capaces de

parágrafo cauchú, de caminar por un camino cubierto de espinas (118). Lo que ha llevado hasta a pensar que no se trata de una cuestión propiamente jurídica, sino que para contestarla habría que acudir a otras disciplinas, a la filosofía del Derecho (119) o a la Metafísica (120), y hasta a que se nos advierta de la imposibilidad de definir el concepto de orden público (121).

5. *El orden público en los Códigos civiles.*

El concepto de orden público utilizado en los Códigos civiles, ha sido considerado también por los autores como figura enigmática e imposible de ser definida. Igualmente, resulta inexplicable el que en los Códigos se le mencione unas veces al lado de las buenas costumbres y en otros no se le cite junto a éstas, sin que se pueda adivinar el porqué de este diferente trato. En el Código Napoleón (1804), se declara el carácter inderogable, por los convenios particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres (art. 6.º), no se permite establecer servidumbres contrarias al orden público (art. 686) y se dice ser causa ilícita la contraria a las buenas costumbres o a la ley (artículo 1.133); en cambio, no se menciona el orden público en otras ocasiones en las que se atiende a las buenas costumbres; así, por ejemplo,

desafiar al tiempo. Se contraponen de modo fatal a la norma imperativa, que representa el capricho momentáneo del legislador»; Sacco, *Il contratto en Trattato di Diritto civile italiano* (dirigido por Vasalli), VI, 2, Torino, 1975, pág. 543. Se desconoce aquí el carácter naturalmente variable del orden público, de las buenas costumbres y el que también hay normas imperativas inspiradas en criterios de justicia perenne. Como antes se indica, las citas hechas sobre opiniones de los autores no pretenden otra cosa que recoger algunos ejemplos de las direcciones doctrinales aludidas. En las mismas obras mencionadas se pueden encontrar referencias a otros ejemplos. También se advertirá que los autores, a menudo, utilizan conjuntamente varios criterios para caracterizar el orden público, o como algunos piensan, de las varias clases o tipos de orden público.

(118) MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, cit., pág. 3, con cita de los autores de las expresiones referidas.

(119) MALAURIE, en *Travaux* de la Association Henri Capitant, cit., página 748.

(120) FONTAINE, en *Travaux*, cit., págs. 684 y siguientes.

(121) DORAL en *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967. Concluye su obra diciendo que: «La misma concepción dinámica de orden público aquí mantenida, resiste todo intento definidor que haga cristalizar el concepto», pág. 139. FARJAT, piensa que es imposible definir el orden público y que se impone el enumerar, aunque no sea de modo completo, los casos de orden público. *Ordre public et bonnes moeurs*, 1966, en *Juris Classeurs*, Civil, Code Civil, artículo 6, 1972.

Como excepción, puede citarse a FERRI; quien tras referirse a la señalada opinión común, niega que el orden público sea un concepto vago y misterioso, diciendo que está claro en el Código Napoleón, y también en el italiano de 1942; lo que afirma apoyándose en el concepto de causa del artículo 1.322, de este último Código. *Enciclopedia del Diritto*, citada, XXX, 1980, pág. 1040.

respecto de la condición en las donaciones y los testamentos (art. 900), de las obligaciones condicionadas (art. 1.172) y de las capitulaciones matrimoniales (art. 1.387).

En los Códigos posteriores, que siguen más o menos fielmente el modelo francés, puede observarse y hasta acentuada la misma falta de criterio fijo, en el uso del concepto de orden público; así, en los siguientes casos, que se citan sólo como ejemplo. En el Código de los Países Bajos (1838), se encuentra mencionado junto a las buenas costumbres el orden público (openbare orde») respecto a la causa ilícita (art. 1.373) (122). El Código civil argentino (1869), en su artículo 21 recoge lo que dispone el artículo 6.º del Código francés (123). El Código civil de Chile (1855) dice que el objeto de una declaración de voluntad es moralmente imposible cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1.461, par. 1) (124). El artículo 16 del Código de Colombia, reproduce el artículo 6.º del Código francés y entiende por causa ilícita aquella que sea contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1.524, par. 2). El Código de Bolivia (1830) se refiere al orden público al tratar de la renuncia a las leyes (art. 5.º), de la servidumbre voluntaria (art. 416) y de la causa ilícita (art. 724). El Código de El Salvador (1859) acude también al concepto del orden público respecto de las servidumbres voluntarias (art. 881, par. 1) y de la causa ilícita (art. 1.338, par. 2), pero no en cuanto a la renuncia a los derechos (art. 12) (125). El Código civil italiano (de 1865) sigue también el ejemplo francés, en relación a la constitución de las servidumbres voluntarias (art. 616, par. 1) y a la causa ilícita (art. 1.122); mientras que la regla del artículo 6.º francés (inderogabilidad por convenios, de las leyes concernientes al orden público y a las buenas costumbres) se extiende a las leyes, actos y sentencias de un país extranjero (orden público internacional) y se le lleva a las disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general (art. 12).

Los redactores del Código civil de Quebec parece que se esforzaron en hacer más completas las referencias al orden público. Los artículos 13, 545 y 990 corresponden a los artículos 6.º, 684 y 1.133 del Código francés; pero, además, no se permiten las donaciones intervivos y los testamentos bajo condición contraria a las buenas costumbres, a la ley y al orden público (art. 760), se permite al testador derogar las reglas codificadas, con tal que ello no sea contrario al orden público o a las buenas costumbres (art. 872), y se mencionan las capitulaciones matri-

(122) En la Ley de 15 de mayo de 1829 sobre Disposiciones generales de la legislación del Reino, se recoge en el artículo 14 lo dispuesto en el artículo 6.º del Código civil francés.

(123) En la nota correspondiente de Velez Sarsfield se cita además de dicho artículo 6.º la P. 5,11,28, a los códigos de Nápoles (art. 7.º) y Sardo (art. 3.º) y a varios textos del Derecho romano.

(124) Respecto a la renuncia de los derechos, no se menciona el orden público (art. 12).

(125) Los textos de los Códigos Hispano-americanos aquí usados son los publicados por el Instituto de Cultura Hispánica.

moniales prohibidas por la ley o contrarias al orden público o a las buenas costumbres (art. 1.258). Sin embargo, no se evita la incongruencia advertida en los Códigos antes referidos, como la de olvidarse de citar en otros supuestos al orden público sin razón visible. Así, respecto al objeto de la obligación se requiere a que sea posible y no prohibido por la ley o por las buenas costumbres (art. 1.062) y se considera nula la condición contraria a la ley o incompatible con las buenas costumbres (art. 1.080) (126), sin mencionarse en uno y otro caso al orden público.

El Código civil español no se diferencia de los otros Códigos influenciados por el francés, respecto al trato dado al concepto del orden público. De una parte, ha seguido al Código Napoleón en el artículo 4.º (127) y en el artículo 594 (128); en cambio, se separa de dicho código al ocuparse del contrato. El Código francés considera causa ilícita la contraria a las buenas costumbres o al orden público, nuestro Código no menciona aquí al orden público y se limita a decir que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral (art. 1.275); en cambio, se refiere al orden público, a diferencia del Código francés, al señalar que la ley, la moral y el orden público limitan la libertad de contratar (art. 1.255 (129). Todavía, en dos de las reformas del Código, se utiliza el vocablo orden público, aunque apartándose del sentido con el que se le emplea en el Código francés. La Ley de 15 julio 1954 establece que la concesión de la nacionalidad podrá denegarse por motivos de orden público (art. 20 C. c.). Aquí, el sentido de la frase orden público se desvía de su origen y no concuerda con su justificación doctrinal; ya que su alcance y significado se entrega al arbitrio de la Administración (130). La Ley de 17 de marzo 1973, reformando el título preliminar del Código civil, recoge la salvaguardia del orden público frente a la aplicación de la ley extranjera (art. 12.3), conforme a la doctrina común del Derecho internacional privado (131). También ha de observarse

(126) Datos ofrecidos por CHALLIES, *What are public order and good morals?*, en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, cit., pág. 645. Puede notarse que se traduce «ordre public» por «public order» y no por «public policy»; término éste técnico del Derecho inglés.

(127) Coincide en ello con el artículo 11 del Proyecto de 1851; respecto al que no ocultará GARCÍA GOYENA su desaprobación. Dicho artículo 4.º ha cambiado de número (es ahora el artículo 6.º-2) y de redacción, con la reforma de 1974.

(128) En lo que se diferencia del Proyecto de 1851 (art. 536).

(129) En el Proyecto de 1888 lleva el número 1.268 y el calificativo de «nuevo»; PEÑA, *El anteproyecto de Código civil español* (1882), Madrid, 1965, página 396.

(130) PEÑA, loc. cit. antes en nota 114, i. f.), págs. 427, 657.

La reciente Ley de 13 de julio de 1982 dispone que la concesión de la nacionalidad por residencia en España podrá denegarla el Ministerio de Justicia por motivos de orden público o interés nacional.

(131) El orden público, en Derecho Internacional Privado, es siempre una de sus figuras fundamentales. Como respecto al orden público en el Derecho civil, se ha dicho: «La noción de orden público aparece como algo enigmático y esencialmente problemático, un tema en el que todo es discutible y discutido, un recurso desesperado para intentar explicar lo que se ofrece como anormal», CARRILLO SALCEDO en *Comentario a las reformas del Código civil*, Madrid, 1977, I, pág. 638, y en *Comentarios al Código Ci-*

que el Código se refiere a las buenas costumbres y no al orden público, al regular las condiciones de los testamentos (art. 792) y en las obligaciones (art. 1.116), el objeto del contrato (art. 1.271) y los contratos con ocasión del matrimonio (art. 1.316). Esta indigesta y también incompleta enumeración bastará como ejemplo de la tervorosa acogida, a ojos cerrados, con la que se recibiera el nuevo término acuñado por el Código francés. Se destaca, por ello, como notable excepción, la que ofrece el Código civil alemán. El primer Proyecto, siguiendo el modelo francés, decía: «Es nulo el negocio jurídico cuyo contenido sea contrario a las buenas costumbres o al orden público» (§ 106). En el segundo Proyecto se borra del párrafo la cita del orden público y así queda en la redacción definitiva (§ 138.1). Abandono de la referencia al orden público, que se explica diciendo que el orden público es un concepto carente de una delimitación segura y que la mayoría de los negocios jurídicos contra el orden público lo son contra el ordenamiento jurídico o la moral (132); y también más tarde se piensa que con ello se evita mezclar con el Derecho privado consideraciones políticas y policiales.

Las dudas que se manifiestan al redactar el Código alemán nacen de lo impreciso de los términos buenas costumbres y orden público; lo que también pueden explicar los constantes titubeos de la doctrina. Se ha pensado para evitarlos en reducir la referencia a las buenas costumbres al terreno de la vida sexual y a la vida de la familia (133). También, por otra parte, se observa que se ha utilizado el término orden público, para ponerlo al servicio de las diversas ideologías políticas: fascista, nazi, socialista, liberal, democrática (134). Confusiones y dificultades que, en general han sido salvadas por el buen sentido de autores y jueces. En Alemania se ha creído poder referir las buenas costumbres al sentimiento de lo decente, el de todos aquellos que piensan de un modo honrado y justo; lo que ha permitido concluir que ellas ofrecen una medida para juzgar cada caso conforme a la ética inmanente en la ordenación económica y social vigente (135); así, se incluirán en ellas

vil y Compilaciones Forales (de Revista de Derecho Privado) (Director, Manuel Albadalejo), Madrid, 1978, I, pág. 437.

(132) Detalles sobre todo ello, en OERTMANN, *Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1927, págs. 483 y siguientes; SIMITIS, loc. cit., página 75, 170. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg. New York, 1965, págs. 364 y siguientes. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1967, páginas 428 y siguientes; ESSER, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, pág. 86.

El Código General Civil de Austria (1811) no menciona el orden público; el § 837, menciona sólo a la prohibición legal y a las buenas costumbres, como aquellas cuya infracción produce la nulidad de los contratos.

(133) SIMITIS (loc. cit. en nota 111), pág. 197, críticas de esta opinión en FLUME, loc. cit., pág. 365, notas 9 y 12, y LARENZ, loc. cit., p. 429, notas 3 y siguientes.

(134) PANZA, *Buon costume e buona fede*. Napoli, 1973, pág. 185, nota 2.

(135) MAYER-MALY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1978, pág. 871, 15; ya VON TUHR había señalado que se trataba de asegurar un mínimo de conducta moral en el tráfico jurídico, mediante la negación de la protección jurídica (citando a Fischer,

los supuestos normalmente aludidos con el concepto de orden público.

La señalada postura del Derecho alemán (136), unida a la impotencia de la doctrina para apresar el concepto de orden público en una definición convincente, no tienen que llevarnos a la conclusión de que término y concepto de orden público sean inútiles y aconsejable su eliminación de los textos legales. Aunque no imprescindibles pueden servir de ayuda a la labor de los jueces; ejemplo de haberse tenido en cuenta esta posibilidad nos lo ofrece el Derecho suizo.

El primer Código suizo federal de las obligaciones de 1888, decía que un contrato es nulo si tiene por objeto una cosa imposible, ilícita o contraria a las buenas costumbres (137), sin mencionar al orden público. Ello no fue óbice para que la jurisprudencia considerase como imperativo el negar eficacia a los contratos que, sin ser contra la moral, chocaban a la conciencia general del país. Para mayor claridad, y para consolidar esta dirección, el Código suizo de las obligaciones (30 marzo 1911) mencionará luego expresamente el orden público (art. 19) (138). De este modo, se ofrece al juez un cauce amplio, para limitar la autonomía de la voluntad, fuera de los límites establecidos por las leyes expresamente imperativas; permitiéndole aplicar criterios extrapositivos de justicia o equidad (139).

Conforme a esta tendencia favorable a la utilización del orden público, se encuentra también el Código italiano de 1942, en el que se amplían las referencias al orden público que hiciera el Código de 1865; se establecen así límites en razón al orden público respecto de las disposiciones sobre el propio cuerpo (art. 5.^o), las disposiciones testamentarias (art. 634), la causa de los contratos (art. 1.354) y las obligaciones

Rechtswidrigkeit, 77), *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München u. Leipzig, 1918, II, 2, pág. 23.

(136) La que se manifiesta también en su Derecho Internacional Privado; el artículo 30 de la Ley de Introducción al Código civil (18 agosto 1896) «excluye la aplicación de una ley extranjera, cuando su aplicación resulte contraria a las buenas costumbres y al fin de una ley alemana»; lo que se denomina por los autores la cláusula de reserva («Vorbehaltsklausel»).

(137) En el texto francés de dicho Código, se dice: «contraire aux mœurs», lo que hay que entender en el sentido de buenas costumbres, como lo expresan los textos alemán («gute Sitten») e italiano («buoni costumi»).

(138) Conforme al Proyecto de Huber. Se atiende al orden público al establecer que las disposiciones del Código civil (1 marzo 1912), en razón del orden público o de la moral, se aplicarán desde su entrada en vigor, en tanto que la Ley no haya previsto una excepción (art. 2 Disposiciones sobre aplicación e introducción); BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht*, en *Schweizerisches Privatrecht*, Basel u. Stuttgart, 1969, págs. 405 y siguientes, 433 y siguientes; SIMONIUS, en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, cit., págs. 797 y siguientes. La legislación suiza, aunque no establezca en Derecho Internacional privado la reserva del orden público, ésta se encuentra firmemente anclada en el derecho consuetudinario; NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrecht*, Zurich, 1954, pág. 298. Puede verse también lo indicado en la nota 156.

(139) Respecto de los actos contrarios a las buenas costumbres, se ha observado que llevan consigo una condena moral, la que no es carácter necesario del orden público.

asumidas por el gestor de negocios ajenos (art. 2.031). De modo semejante al Código de 1865, en las disposiciones sobre las leyes en general, se impone el límite del orden público para la aplicación de las reglas de Derecho internacional privado (art. 31).

La cuestión del respectivo ámbito del orden público y de las buenas costumbres y la de la conveniencia de mantener ambos términos hubo de suscitarse en la Comisión de la Reforma del Código civil francés (140); pero al revés de lo que ocurriera en las comisiones para proyectar el Código civil alemán (141), ella se hubo de plantear en torno del artículo 48 del Proyecto de Código, en el que se había suprimido la mención de las buenas costumbres (142). En la Comisión en pleno se discute esta omisión; la que se defiende por entender que las buenas costumbres estaban comprendidas en el orden público, opinión a la que se opondrá que la cita de las buenas costumbres aporta al precepto una precisión complementaria (143); al fin, se llega a una fórmula de compromiso (144).

Cabe citar todavía, siempre a título de ejemplo, algunos Códigos más recientes; en ellos puede observarse también cómo el término orden público se sigue empleando sin criterio fijo y hasta un tanto caprichosamente. El Código civil de Filipinas (1959) ha tomado como modelo al Código civil español, aunque con una pequeña diferencia (145). El Código de Venezuela (1942) se refiere al orden público al tratar de la renuncia de las leyes (art. 6.º) y a la causa ilícita (art. 1.157). Pueden recordarse todavía algunos Códigos que utilizan la figura del orden público tanto como límite a la voluntad de los particulares (art. 3.º), como respecto a las disposiciones de Derecho extranjero (art. 33); así, el Código civil helénico (1940) (146) y la Ley de Introducción al Código civil

(140) *Travaux de la Commission de reforme du Code civil*. Année 1947-1948. París, págs. 44, 257-261, 177.

(141) Puede verse la nota 135.

(142) Dice así: «El acto jurídico no puede producir efectos que estén prohibidos por una disposición legal imperativa o que sean contrarios al orden público».

(143) La discusión se entabla especialmente entre Niboyet, que defiende la noción amplia del orden público, propia del Derecho Internacional privado, y Julliot de la Morandiere, que piensa en la conveniencia de mostrar que el orden público no se concibe como una noción de oportunidad política y económica y de que ciertos principios de moral entran en el orden público.

(144) Niboyet propone, y logra, se diga: «L'ordre public et notement les bonnes moeurs».

(145) Coinciden sus artículos 6.º, 688 y 1.306 con los del Código español, 4, 594 y 1.255, se separa en el artículo 1.362, en que sigue al Código francés (art. 1.133), al decir que es ilícita la causa contraria a la Ley, la moral, a las buenas costumbres y al «public order or public policy»; con lo que aquí se refiere tanto al orden público en el sentido de nuestro Código, como al que tiene en la jurisprudencia británica («public policy»).

También sigue al Código español, el Código civil de Puerto Rico (artículos 4.º, 530 y 1.207).

(146) El artículo 178, declara nulo el acto contra las buenas costumbres, y no menciona el orden público; el artículo 179 enumera como actos contrarios a las buenas costumbres: «Los actos que restringen desmesura-

brasileño (1942), en su artículo 17 (147). El nuevo Código portugués (1966) se refiere a los principios fundamentales del orden público internacional del Estado portugués, como límite para la aplicación de una ley extranjera, cuando ésta lo sea conforme a las normas sobre conflictos de leyes (art. 22) (148).

Las citas hechas, aun dada su limitación, parece que muestran ya que los legisladores han sentido la conveniencia de recurrir, en unas ocasiones, a la figura del orden público y también que, en otras, prescinden de utilizarle, total o parcialmente, y que lo uno como lo otro no crea perturbaciones apreciables en la aplicación del Derecho por los jueces. Ocurre así porque la figura del orden público viene a referirse a algo inmanente a la misma ordenación jurídica, por lo que su cita viene más que a permitir a facilitar el salir de los textos legales y dar flexibilidad a la interpretación de las normas, conforme a los principios generales del Derecho.

6. *Naturaleza y funciones del orden público.*

Después de tantos y denodados esfuerzos, siempre fallidos, sería demencial proponer en este ensayo una definición del orden público. En cambio parece factible y también útil aproximarse a esta figura para observar su naturaleza y las funciones para las que se le viene utilizando en la práctica.

a) *Cláusula general de la ley.*—Se ha venido destacando, como carácter propio del orden público, lo variable de su contenido, que cambia con los tiempos, con los lugares y con las circunstancias: indeterminación que es, parece, la que le ha hecho escapar a los continuos intentos para su definición. Mas esa falta de fijeza es también lo propio de las llamadas «cláusulas generales de las leyes» (149), preceptos en blanco («Blankettnormen»), artículos Reales («königliche Paragraphen»), válvulas («valvole») del ordenamiento; respecto del que ellas actúan como «órganos respiratorios del sistema positivo» (150). De estas cláusulas

damente la libertad de las personas o por los que explotando la necesidad o la inexperiencia de la otra parte se estipula o se recibe en provecho propio o de un tercero, a cambio de una prestación, beneficios patrimoniales que, según las circunstancias, están en desproporción con dicha prestación».

En el Código civil del Imperio de Etiopía (1960), redactado por René David, se pone como límite al libre ejercicio y a las ceremonias de las religiones, al orden público, a las buenas costumbres y a las leyes (art. 15), y también a los convenios por los que una persona restringe su libertad (art. 195).

(147) Leyes y sentencias de otro país, tanto como declaraciones de voluntad que ofendan la soberanía nacional, el orden público o las buenas costumbres.

(148) Como límite de la autonomía de la voluntad, se considera sólo a la ley (art. 398), señalándose como fuentes inmediatas del Derecho sólo la ley y las normas corporativas (art. 1.º, también art. 8.º, 2).

(149) Así las denomina HEDEMANN, en su siempre sugestiva monografía *Die Flucht in die Generalklauseln*. Ein Gefahr für Recht und Staat, Tübingen, 1933.

(150) FERRARA (senior), *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921 (único volumen publicado, I, 1), pág. 65, recogiendo una frase de Polacco.

las son ejemplo, además del orden público, las buenas costumbres, la diligencia del buen padre de familia, la buena fe, el abuso del derecho y la equidad. Dichas normas legislativas indeterminadas no armonizan con el régimen del «ius strictum», se irán aceptando con la evolución del Derecho romano, en las figuras de la «exceptio doli generalis», «bona fides», las «boni mores» y en las referencias al «ius publicum». Tendencia acentuada en el Derecho común, por la necesidad de adaptar los textos romanos a la nueva concepción de la vida, enseñada en los libros de teología moral y por los canonistas. Más tarde, dicha clase de normas será vista con recelo o enemistad por la dirección humanista, por la Escuela de la exégesis, por algún que otro pandectista y hasta por aquellos mercantilistas partidarios de la omnipotencia de la autonomía de la voluntad. El movimiento codificador las acoge circunstancialmente, para dar flexibilidad al articulado seco y abstracto de los Códigos. Coincidiendo con la actual crisis de instituciones y doctrina, la reforma del título preliminar de nuestro Código civil, potencia el alcance de dichas cláusulas al dar carácter general a los criterios de buena fe (art. 7,1), abuso del derecho (art. 7.º, 2), ponderación de la equidad (art. 3.º, 2) y al ordenarse que se atienda a la realidad social del tiempo en que hayan de aplicarse las normas (art. 3.º, 1).

Dentro ya de las cláusulas generales de las leyes, el orden público ofrece especiales caracteres. No sólo por su novedad, sino por su falta de apoyo en la realidad social. Las figuras clásicas de la buena fe, de las buenas costumbres y de la diligencia del buen padre de familia, están referidas al querer y sentir del pueblo, a lo que dicta la conciencia del hombre normal y decente; los Tribunales tienen con ellas una guía suficiente para salvar las dificultades que pueda ofrecer su aplicación en el caso concreto. El orden público, figura creada por los juristas, desconectada del lenguaje y el pensar de las gentes, parece que responda a otro aspecto, al de atender al buen orden del sistema jurídico, al del debido ajuste entre las normas positivas y extrapositivas en el ordenamiento jurídico. Lo que podrá verse observando cómo y para qué funciona la cláusula del orden público, en los campos en que ella se aplica; en la esfera de los contratos, en la de la colisión de leyes en el espacio (Derecho internacional privado) y en el de la colisión de leyes en el tiempo (Derecho intertemporal o transitorio).

Los redactores del Código civil francés, se recordará, inventan la cláusula del orden público, para poner un límite a la autonomía, que el mismo Código reconoce y protege. En su concepción, no se trata de un enfrentamiento directo entre la voluntad de los particulares y «la voluntad general» del Estado, sino entre las leyes o normas del mismo Código. La ley es la que ordena que los contratos tengan fuerza de ley entre los contratantes (art. 1.134 del C. c. fr. art. 1.091 del C. c. esp.) y es así, como emanación de la ley, por lo que los contratos son tan sagrados como las mismas leyes (151). Admitida la regla legal o el principio «pacta sunt servanda», se entiende ser necesario establecer la su-

(151) Exposición de FAVART al Tribunado, *Code Civil suivi de l'exposé des Motifs*, París, 1820, VI, págs. 110-111 (disc. 60).

perioridad que sobre ella habrán de tener otras leyes, las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (art. 6.º, C. c. fr., artículo 1.255 C. c. esp.).

Esta mayor fuerza de unas normas imperativas respecto de otras también imperativas, se manifiesta llamativamente en la regulación de la colisión de leyes en el tiempo y en el Derecho internacional privado. Fenómeno que nos explica de modo ejemplar Savigny; nos dice que ese mayor valor que tienen ciertas normas, y que hace que se apliquen con preferencia, en caso de colisión de leyes, se debe a «que ellas tienen sus raíces («ihre Wurzeln») fuera del puro campo jurídico y están en conexión («in Zusammenhang») con fundamentos y fines morales, políticos y económicos. Siendo resultado de la naturaleza de estas leyes, el que su poder y eficacia se haya de extender más que el de otras leyes» (152). Palabras con las que se describe bien la función de lo que después se llamará orden público.

En efecto, años después Foelix, en su tratado de Derecho Internacional privado, describe dicho fenómeno de modo parecido, aunque menos preciso; y Demangeat, que a la muerte de aquel lo publica en tercera edición, en una de sus notas, le califica de «ordre public» (153). Este término, a la manera francesa, se impone de modo general en la doctrina de Derecho internacional privado, por influjo de Mancini y la «Escuela italiana», consagrándose legislativamente en el artículo 11 de las «Disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general» que preceden al Código civil italiano de 1865 y ello con tanta fuerza, que en la misma doctrina alemana llega a utilizarse dicho término al lado o con preferencia al suyo propio, de «cláusula de reserva» («Vorbehaltsklauseln»).

De este modo, el concepto de orden público alcanza valor de término técnico. Se emplea entonces para calificar, como de orden público, aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo ordenamiento, por los motivos que ya señalara Savigny (155). Su utilidad se le reconoce en los supuestos de colisión, para designar la limitación del precepto de los Códigos que otorga a los contratos valor de ley, la de las leyes que conceden eficacia interna a

(152) *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840-1849, §§ 398 y 349; traducción de Mesia y Polev, Madrid, 1879, VI, págs. 429 v 144.

(153) *Tratado de Derecho Internacional privado o del conflicto de las leyes de diferentes naciones en materia de Derecho privado*, traducción de Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1858, § 15, pág. 21, nota 3.

(154) Comp., por ejemplo, NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrecht*, Zurich, 1954, págs. 284 y siguientes; KEGEL, *Internationales Privatrecht*, München und Berlin, 1960, págs. 166 y siguientes; VISCHER, *Internationales Privatrecht*, en *Schweizerisches Privatrecht*, Basel und Stuguart, 1969, pág. 531 y siguientes. Como rúbrica al § 30 de la Ley de introducción al Código civil alemán se pone: «Unanwendbares Auslandsrechts»; «ordre public».

(155) Citado en nota 152.

reglas extranjeras y también la de las normas que establecen la retroactividad de las leyes (156).

b) *Sentido pseudo-técnico del orden público.*—Junto al señalado significado técnico del orden público, ha de indicarse que también se le emplea y, a menudo, de modo innecesario o abusivo, como adjetivación retórica, para dar énfasis a alguna consecuencia implícita del carácter imperativo de una norma; por ejemplo, respecto de la nulidad de los actos contrarios a la ley, la irrenunciabilidad de los derechos o la aplicación de una norma «ex officio» por el Juez (157). Lo que no sólo sería superfluo, pues cada norma imperativa pudiera entonces ser calificada como de orden público, sino que además resulta perturbador, al olvidar el sentido técnico del término; el de destacar que una norma es de orden público, por su mayor valor respecto de otras también imperativas; sentido propio que fuera aquel con el que se le introdujo en la terminología jurídica (158).

Conviene, por tanto, dejar de lado dicho uso laxo del término y centrar la atención en el valor propio con el que se le ha empleado en los textos de los Códigos civiles. Ello permitirá, creo, precisar algo más la función que ha venido teniendo en el sistema jurídico.

(156) Aunque de modo menos general que en Derecho internacional privado, el término se emplea a menudo respecto de la colisión de leyes en el tiempo. Así, en el artículo 2.º del Título final del Código civil suizo, cuyo primer capítulo trata de la aplicación del Derecho antiguo y del nuevo Derecho. En la doctrina, por ejemplo, ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps (Théorie de la non retroactivité des lois)*, París, 1929, pág. 50, también *Traité de Droit civil de Ambrose Colin et Henri Capitant, refundu par Leon Julliot de la Morandiere*, París, 1953, I, § 254, págs. 161 y siguientes; BROGGINI, *Intemporales Privatrecht*, en *Schweizerisches Privatrecht*, Basel, 1969, págs. 405 y siguientes, 443 y siguientes.

(157) Así se ha hecho sobre derecho al nombre, estado civil, régimen familiar, citándose las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio 1916, 22 octubre 1891, 25 junio 1909, 2 diciembre 1915, 26 enero y 16 junio 1916, 24 junio 1931, mencionadas por BATLLE en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Revista de Derecho Privado), Madrid, 1978, págs. 109-110. Pueden citarse también algunas más recientes sentencias del Alto Tribunal, que dicen que: los preceptos sobre competencias son de orden público, al deber oírse antes de dictar sentencia al Ministerio Fiscal, S.T.S. 5 julio 1980; que la excepción de cosa juzgada debe estimarse como de orden público, S. 27 mayo 1980; que los requisitos «ad substantiam» del procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria son expresión legal que refuerza el carácter de orden público y de cumplimiento estricto de las comunicaciones especiales ordenadas, S. 9 de abril 1980; que el Tribunal no habrá de tener otras ingerencias de oficio que la constreñida al aspecto de orden público que pueda afectar a las cuestiones, S. 20 febrero 1981; la exigencia del litis consorcio pasivo necesario es de «orden público procesal», S. 29 mayo 1981; entiende «exigencia de orden público» consignar el importe de las rentas debidas, para apelar, por lo que se estima de oficio su incumplimiento, S. 14 de junio 1981.

(158) Discretamente no se recurre al término de orden público para supuestos de superioridad de leyes, en las que no se aprecia colisión, por ejemplo, normas constitucionales, leyes orgánicas. En fin, no puede ocultarse que a menudo se recurre al término orden público como comodín para justificar con una etiqueta inexplicada un resultado ya prejuzgado, que no se explica o no se puede explicar.

La referencia al orden público ha supuesto, por sí misma, desde el momento en que naciera en el Código civil francés, abandonar la concepción del estricto legalismo y recurrir a criterios extrapositivos (159); lo que hizo pensar en los principios generales del Derecho y, con notable exageración, se habla a veces de aquellos principios fundamentales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y encarnan los intereses generales del Estado, que éste reconoce y tutela (160). Esta dirección doctrinal, muy generalizada, puede explicarse por el deseo de justificar y limitar el desorbitado alcance dado por los Tribunales al orden público, en materia de Derecho Internacional Privado (161). Más ella, no sólo se desvía del origen del concepto, sino que está desmentida constantemente por la práctica de los Tribunales nacionales (162) y por los convenios internacionales, en los que se ha previsto la aplicación del orden público en materias de interés de carácter puramente privado (163).

(159) Así, por ejemplo, MALAURIE, *Les contrats contraires a l'ordre public*, citado antes, pág. 119; FONTAINE en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, cit., pág. 688; FARJAT, *Ordre public et bonnes moeurs*, cit., pág. 5 y 6.

(160) Así, DISTASO, *I contratti in generali*, I, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* (Dirigido por Bigavi), Torino, 1966, pág. 517; también citados en notas 115 y siguientes.

(161) La dirección internacionalista verá en el orden público una excepción difícilmente explicable, contrario a la «comitas gentium», sólo justificable cuando la aplicación de la Ley extranjera amenazase los fundamentos constitucionales de los Estados. De otra parte, los autores reaccionan frente a los excesos nacionalistas, de aplicar la «lex fori» a toda ley nacional de carácter imperativo y tratan por ello de limitar el recurso al orden público.

(162) Así, se niega la aplicación de la ley extranjera, además de en cuestiones de Derecho de familia, matrimonio, filiación, divorcio, legitimación, adopción, en casos de prescripción, caducidad, adquisición de bienes por expropiación, etc., etc. Ha debido, por ello, de reconocerse paladinamente que el orden público interviene no sólo frente a leyes contrarias por sí mismas a los principios políticos y sociales de nuestra civilización; BATIFOL *Traité élémentaire de Droit international privé*, París, 1949, § 360, página. 380. Como este autor indica, se trata de la política jurídica del país, según la entienden los tribunales. El § 30 de la Ley de Introducción al Código civil alemán dispone que «se excluya la aplicación de una ley extranjera, cuando su aplicación chocaría contra las buenas costumbres o a la finalidad de una ley alemana». Sobre su significado, el estudio todavía fundamental del RAAPE en J. V. *Staudinger Kommentar*, 9.º ed., München, Berlin, Leipzig, 1931, págs. 166-173; esquemáticamente, KEGEL, *International Privatrecht*, München, Berlin, 1960, págs. 166-173. También CARRILLO en loc. cit. en nota 131, págs. 640 y siguientes.

(163) Lo que puede observarse en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: sobre Ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales (15 junio 1955) artículo 6, Ley aplicable a la transferencia de la propiedad en casos de venta de carácter internacional de objetos muebles corporales (15 abril 1958), artículo 7 sobre competencia del foro contractual en caso de venta de carácter contractual de objetos muebles corporales (15 abril 1958), artículo 5.º, número 4; concerniente al reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras (1 junio 1956), artículo 8; sobre Ley aplicable a la obligación de alimentos con respecto a los hijos (24 octubre 1958), desde este convenio, se trata de restringir

Por todo ello, parece más prudente y adecuado a la realidad, entender que la referencia a las normas extrapositivas que encarna el orden público, no se refieren a los llamados principios generales del Derecho (art. 1.º, 4 CC), que son verdaderas fuentes independientes del Derecho, sino y especialmente en Derecho interno, a los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, sea para atribuir primacía a una norma respecto de otra (164), sea de los que inspiren el sentido cambiante de cada institución dentro del movimiento de ideas rectoras del sistema jurídico (165). Estas ideas (las de lo justo, las de las buenas costumbres), son las que orientan la interpretación de las normas y las que funcionan como de orden público, cuando actúan de modo negativo, rechazando apoyo jurídico a un resultado que repugnaría al buen sentido de lo equitativo y decente.

c) *Conexión entre los conceptos de orden público y de buenas costumbres.*—También parece que, para apreciar debidamente el significado que adquiere el orden público en los Códigos, conviene fijarse en el notable hecho de que, desde el nacimiento del término en el Código francés, y después en los que le han seguido, se le encuentra unido, formando pareja con el de buenas costumbres (166). Lo que ha planteado las interrogantes: ¿en qué se diferencian estos conceptos? ¿por qué y para qué se les presentan unidos?

La primera cuestión se ha contestado muchas veces, viendo las buenas costumbres en relación con la moral (167), o a la moral sexual y las

el orden público diciendo «manifiestamente incompatible con el orden público», artículo 4; concerniente a la competencia de las autoridades v Ley aplicable en materia de protección de menores (5 octubre 1961), artículo 16; sobre conflictos de Leyes en materia de forma, de las disposiciones de los testamentos (5 octubre 1961), artículo 7; concerniente a la competencia de las autoridades, Ley aplicable v reconocimiento de decisiones en materia de adopción (15 noviembre 1965), sobre la administración internacional de las sucesiones (2 octubre 1973), artículo 17; concerniente al reconocimiento y ejecución de las decisiones relativas a las obligaciones de alimentos (2 octubre 1973), artículo 11; sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales, artículo 14; sobre la celebración y reconocimiento de la validez de los matrimonios, artículo 14; sobre la Ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, artículo 17.

(164) FARJAT, *Ordre public et bonnes moeurs*, cit., pág. 3, dice que el que una regla sea de orden público significa que tiene más fuerza que otra, para lo que no se apoya en lo que dijera Savigny, sino en lo sugerido por Javio (Des nullités en matiere d'actes juridiques, Dijon, 1909, pág. 307).

(165) Comp. SIMONIUS, *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung des Grundsatzes des Privatrechts in Hundert Jahre Schweizerisches Recht*, Basel, 1952, págs. 239 y siguientes.

(166) La excepción que se encuentra en el artículo 686 del C. c. francés y en su correspondiente, el 594 del español, es sólo aparente, aunque no se menciona en ellos a las buenas costumbres, se refiere también a éstas, por serlo respecto a todos los convenios, lo que incluye los constitutivos de servidumbres voluntarias.

(167) DORAT DES MONTS, *La cause immorale (Etude de jurisprudence)*, París, 1956, y allí citados, págs. 8 y siguientes; VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München u. Leipzig, 1918, II, 2.ª, página 22.

relaciones familiares (168); mientras el orden público se limita a los principios fundamentales del Derecho (169). Frente a este criterio restrictivo y analítico se han venido observando las coincidencias entre uno y otro concepto, su identidad sustancial y el ser como los dos lados de una medalla (170). Opinión ésta que parece confirmarse observando hechos como los siguientes: el Código general civil de Austria se refiere a las buenas costumbres y no al orden público (§ 87) y la Comisión rectora del Código civil alemán, decidió prescindir del término de orden público (§ 138,1), en razón de que el concepto de buenas costumbres incluye a lo que se entiende por orden público (171); también, aunque en dirección contraria, se ha sostenido que es innecesario mencionar las buenas costumbres al lado del orden público porque éste comprende aquéllas (172), y en efecto, no se suele citar a las buenas costumbres con el orden público en Derecho internacional privado (así en el artículo 12,3 C. c.), por entenderse evidente que, con citar el orden público internacional, se entiende referirse también a las buenas costumbres nacionales.

Mas también en otro sentido, han de señalarse datos que advierten sobre la conveniencia de referirse conjuntamente al orden público y a las buenas costumbres, como vienen haciendo la mayoría de los Códigos. Dicha ventaja fue la que hizo que en la nueva redacción del Derecho de obligaciones suizo se insertase la mención al orden público en lugar de la antigua en que se menciona sólo a las buenas costumbres (173). Además, ha de tenerse en cuenta, como significativas, las opiniones y dudas de los autores que, al comentar los Códigos austriaco y alemán, tratan de la conveniencia de referirse expresamente al orden público al lado de las buenas costumbres, para mayor claridad de los textos legales (174).

Los criterios señalados son contrarios entre sí sólo en apariencia; enfocan más bien aspectos parciales de la cuestión. Orden público y buenas costumbres son conceptos diferenciables, pero también insepa-

(168) Además de lo citado en nota 133, PANSA, *Buon costume e buona fede*. Napoli, 1973, pág. 191, piensa que a pesar de su «identidad sustancial» podría reservarse a las buenas costumbres ese ámbito especial de operatividad: relaciones familiares y sexuales.

(169) Citas en notas 115-117.

(170) En la reunión de Canadá de la asociación Henri Capitant, CHALLIES. *Travaux* antes citado. págs. 667, 668; РАУДОУН, *id.* pág. 741; FARIAT considera las buenas costumbres «orden público de combate», *L'ordre public économique*, París, 1963, pág. 28; PANSA, citado en nota 168.

(171) Citas en notas 132, 133.

(172) Citas en notas 142, 143.

(173) En el texto, sobre notas 137, 139.

(174) EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II*, 1. *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Wien, 1928, § 301, pág. 49; ENNECERUS, NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 14 ed., 1955, § 191, página 821, nota 6; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II. *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Heidelberg, New York, 1965, § 18,1, págs. 365-367; LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1967, § 28, III, pág. 429; ESSER, *Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, pág. 86; DILCHER, en J. von STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12 ed., Berlin, 1980 (com. al § 138), § 9.

rables. Coinciden en lo esencial, aunque se les mire desde distinta perspectiva. Ambos conceptos han sido utilizados como medios imprescindibles para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad. La función del Derecho, respecto de ésta, es peculiar. No manda o impone; se confía a los contratantes elaborar su propia ley; el Estado, al darle valor de Ley privada y otorgarle la fuerza obligatoria entre los contratantes, se obliga por su parte a hacer cumplir lo convenido, poniendo para ello a disposición de cada parte el aparato coactivo de la Administración de Justicia. Mientras no se le pide la colaboración de ésta, el Estado puede permanecer indiferente al hacer o no hacer de las contratantes (175); pero cuando se le exige que imponga a una parte el hacer algo que resulte inmoral o injusto, que repugne a la conciencia de cualquier persona decente y justa habría de abstenerse y no colaborar, declarando la nulidad de lo convenido. Otra cosa sería contrario a la función del Estado de custodio de la Justicia. Aquí puede verse el punto de coincidencia y también lo diferente de los conceptos de buenas costumbres y el orden público; choca al sentido ético colaborar con lo injusto y colaborar con lo inmoral hiera el sentimiento de justicia (176).

Estas consideraciones explican que en el Código francés (art. 1.133) y en los que le han seguido, se pensase ser necesario referirse al orden público y también a las buenas costumbres en el meollo mismo de la regulación del contrato, retirando la protección jurídica (sin ningún efecto, dice el art. 1.131 C. c. fr.) a los convenios contrarios a las buenas costumbres o con causa ilícita. Nuestro Código civil se aparta en su redacción de sus modelos; dice que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente y limita la autonomía de su voluntad, agregando que ello será «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público» (art. 1.255) y añade, en otro artículo, que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral (art. 1.275). De este modo se han comprendido los supuestos ennumerados en otros Códigos (177).

(175) Excepto casos de infracción penal o administrativa.

(176) En la doctrina alemana al comentar el § 138 BGB se entiende ser en general contra las buenas costumbres lo que choca el sentido de decencia («Anstandgefühl») de toda persona que piense razonable y justamente y se dice ser ello también lo que choca al sentido de justicia («Gerechtigkeitgefühl») de esas mismas personas. MAYER-MALY. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. I. *Allgemeiner Teil*, München, 1978, página 831, § 15.

(177) El artículo 1.255 es omnicompreensivo y cita especialmente las condiciones. No se menciona el objeto ilícito, en los artículos relativos al objeto de los contratos (arts. 1.271-1.273), pero el artículo 1.305 se refiere a la nulidad que provenga de ser ilícito el objeto del contrato. Dicho artículo 1.255 se califica de «nuevo» en acotación al art. 1.268 del Proyecto de 1888 (PEÑA, *El anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, pág. 396).

El legislador, en los artículos 1.255 y 1.275, separándose de sus antecedentes (art. 998 del Proyecto de 1851 y artículo 1.133 C. c. francés), emplea el término «moral» en lugar de «buenas costumbres», lo que es más extraño,

Las referencias hechas en los Códigos al orden público, a las buenas costumbres o a la moral tienen una importancia central en los ordenamientos jurídicos; sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia (el buen orden jurídico), facilitando su positivación, al mencionarse en la Ley (178). El intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la letra de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho) y la misma naturaleza del Derecho; negar amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia.

d) *El orden público, instrumento de la evolución de la autonomía de la voluntad.*

La autorización en blanco a la doctrina, que implican, ya sea la remisión a las buenas costumbres y al orden público, a la moral, a las buenas costumbres («Guten Sitten») (179) o al orden público («public policy») (180), ha servido de cobertura del haberse entregado a la prudencia de los juristas la delimitación del ámbito de la autonomía de la voluntad, amparado jurídicamente; lo que por ello, de modo abierto o recatadamente, habrán de tenerse en cuenta los principios o directivas que impongan, requieran o convengan a las variables realidades sociales, económicas y políticas; en relación con la sensibilidad dominante en la sociedad sobre lo que es justo y decente. De este modo, sin que se cambie una tilde del texto de las leyes, se producen

ya que menciona las buenas costumbres repetidamente (arts. 792, 1.116, 1.271 y 1.316) en supuestos análogos. Diferencias que no parece se hicieran con propósito de darles trascendencia jurídica.

(178) ESSER señala, además, que el principio del orden público interno y el de la «res licita» vale con independencia de que se haya acuñado como norma o que en su caso se le haya codificado, *Grundsatz und Norm, in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, pág. 227. Ello es cierto. Mas no ha de desconocerse la importancia de su mención en la ley. Con ella se ofrece un firme apoyo a quienes interpretan o aplican el Derecho, para tener en cuenta los valores éticos y de justicia sin dejar de ser fieles al mandato legislativo. Del mismo modo que la cita de los principios generales del Derecho entre las fuentes jurídicas es oportuna como apertura del régimen legalista.

(179) Comp. notas 132, 174, 176.

(180) Sobre esta figura, puede verse, por ejemplo, FRIEDMAN, *Legal Theory*, 5.ª ed., London, 1967, pág. 479 y siguientes; quien dice que «public policy» es «otro nombre para los principios fundamentales, éticos, políticos y sociales que guían la evolución social en un momento dado, sea en la legislación o en la administración de justicia», pág. 479; sobre la distinción de «public policy» y orden público, pág. 489, nota 8; SALMOND, WILLIAMS, *Law of contracts*, 2.ª ed., London, 1945, págs. 366 y siguientes; CHESHIRE, FIFOOT, *The law of contracts*, 5.ª ed., London, 1945, págs. 221 y siguientes; ANSON'S, *Law of contract*, 25 ed., by GUEST, Oxford, 1979, págs. 347 y siguientes.

alteraciones profundas sobre el valor y alcance del principio de la autonomía de la voluntad y consecuentemente de su aplicación en la práctica.

Este fenómeno puede advertirse, creo, en todos los Derechos europeos, aunque con matices y características propias, según países y momentos. No obstante sus particularidades, pueden notarse ciertas líneas generales y comunes en la concepción y en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

El sistema abierto del Derecho común será abandonado con el triunfo del movimiento codificador, que impone la primacía de la Ley como fuente del Derecho. En el Código civil francés se consigna el principio de la autonomía de la voluntad, otorgando a los contratos valor de ley, en cuanto fueran legalmente formados (art. 1.134). La Ley se autolimita, amparando la libertad de ratos y contratos; lo que se entiende conforme a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1791; considerando válido todo convenio, mientras no esté expresamente prohibido (181). La escuela de la exégesis acentúa dicha primacía del principio de autonomía de voluntad, no admitiendo otro límite que el expresado claramente en una ley imperativa («pas de nullité sans loi»). De modo que el principio de la autonomía de la voluntad, justificado por el respeto a la libertad individual y a la justicia conmutativa (182) cambia su sentido adquiriendo la condición de dogma, hasta con cierta justificación inmanente «qui dit contractuel dit juste» (183).

Esta dirección de la doctrina (184) armoniza con los intereses de comerciantes, industriales y financieros que, en la época de la revolución industrial requieren acuciosamente la seguridad jurídica y la

(181) Su art. 5.º dice: «la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede impedirse y nadie puede estar obligado a hacer lo que aquélla no ordena». La referencia a las buenas costumbres y al orden público contenido en el artículo 6.º del Código civil francés se entenderá que no implicaba salirse del círculo de la Ley, pues se refiere a «leyes que interesan al orden público, a las buenas costumbres».

(182) Sobre la autonomía de la voluntad, lo ya dicho en otros estudios; están citados en *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*, en este ANUARIO, XXXIV, IV (1979, oct.-dic.), pág. 679, nota 206, y allí también págs. 679-681.

(183) Frase (de Fouillé, *La science sociale contemporaine*, 1880, página 410) constantemente citada. En Alemania se utiliza y discute también la doctrina de Schmidt-Rimpler, *Grundfragen eines Erneuerung des Vertragsrechts*, en *Arch. civ. Pr.* 147 (1941), págs. 130 y siguientes, que basa la justicia intrínseca del contrato en ser un compromiso («Ausgleich») entre intereses encontrados y en que se trata de un compromiso con carácter definitivo; sobre ello, FLUME, loc. cit., págs. 7 y sig.; ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. Teilband, I, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, págs. 85 y sig.; REISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, en *Hundert Jahre deutsche Rechtsleben*, Karlsruhe, 1960, I, p. 117-118.; BYDLINSKY, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des Verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien, New York, 1962, págs. 62 y sig.

(184) La concepción positivista del Derecho, entonces imperante, hizo olvidar el sentido dado al artículo 4.º, por los redactores del Código civil francés; comp. nota 109.

intangibilidad de los contratos (185). Los criterios de las buenas costumbres, del orden público y de la moral, como limitaciones de la autonomía de la voluntad, se utilizarán de modo que no se toque a la esfera de aquellos intereses económicos, considerando ilícitos o con causa ilícita sólo ciertos contratos, los que se refieran a la familia o a las relaciones sexuales extramatrimoniales.

Este modo de entender las relaciones contractuales desde el punto de vista de la ideología liberal, que se plasma en lo que se ha llamado mercantilización del Derecho civil, se quiebra por unos momentos en Europa por el triunfo de los movimientos totalitarios, que condenan aquella ideología y desconocen la libertad del mercado. En Alemania se busca un nuevo enfoque del contrato, de acuerdo con los lemas del nazismo: «tú eres nadie, el pueblo es todo», «el bien público va antes que el bien privado» (186); lo que se traduce allí en dura crítica de la autonomía de la voluntad (187). En la Italia del fascismo la reacción contraria a la concepción tradicional sobre la autonomía de la voluntad fue moderada y más en apariencia que de fondo, lo que ha permitido que el nuevo régimen republicano haya mantenido en vigor el Código civil de 1942; aunque conservando el criterio de que los contratos para ser eficaces han de merecer la protección del Estado (188).

Concluida la segunda guerra mundial con la derrota de los regímenes totalitarios de Occidente, se cierra también la correspondiente

(185) En Inglaterra se considera ejemplar el dicho de Jessel M. R. (1875): «si hay alguna cosa que requiera el orden público (public policy) más que otra cualquiera, es que se tenga la mayor libertad al contratar, y que sus contratos, cuando se hayan concluido libre y voluntariamente, se tengan por sagrados y se les dé eficacia por los Tribunales de justicia», HOLLAND, *Elements of Jurisprudence*, 8.ª ed., Oxford, 1896, p. 243. La «paramount policy» se considera entonces (avanzado el siglo XIX) la de no interferir con la libertad de contratar, ANSÓN, loc. cit., pág. 347.

Criterio éste paralelo al de la doctrina que reduce el campo del Derecho privado al de la autonomía de la voluntad, a lo dejado a la libre voluntad de los particulares, citas en *Derecho Civil de España*, Madrid, 1955, páginas 43-44.

(186) LANGE, *Vom alten zum neuen Schuldrecht*, Hamburg, 1934, págs. 34, 68 y todo en general.

(187) La que con natural prudencia y reserva, dado el momento, defiende entonces MANICK, *Die Privatautonomie in Aufbau der Rechtsquellen*, Berlín, 1935; recoge allí la bibliografía sobre la doctrina influida por la ideología nazi.

(188) El régimen republicano supuso la derogación tácita de lo referente a la organización corporativa, artículos 5.º-7.º de las Disposiciones sobre las leyes en general y artículo 2.060 y sig., del Código); MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., Milano, 1952, I, pág. 73; ROTONDI, *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 1962, pág. 63.

El Código de 1942 conserva la particularidad de la «meritavolezza»; los contratantes pueden concluir contratos conforme a los tipos establecidos por la ley, en otro caso también podrán hacerlo «con tal que estén dirigidos a realizar intereses merecedores («meritevoli») de protección según el ordenamiento jurídico» (art. 1.322). No debe olvidarse la observación de Ascarelli, que gustaba decir que en los regímenes totalitarios se establecían «reservas de caza» para los empresarios favorecidos.

crisis de la doctrina jurídica. Vuelve a levantar cabeza la dirección mercantilista, favorecida por las circunstancias, por el paso de una «sociedad en cambio» a una «sociedad de consumo». El cliente ha perdido su antiguo y natural señorío y nace lo que se llamará imperialismo del empresario (189). No sólo el de las grandes empresas, nacionales o multinacionales, sino el de cualquier pequeño empresario que impone o pretende imponer sus condiciones al consumidor. El tradicional contrato bilateral se convierte en dictado (contrato de adhesión) y las empresas crean sus leyes en formularios, avisos y condiciones generales. Situación a la que parte de la doctrina mercantilista procurará justificar con la ingeniosa invención de la «nueva lex mercatoria» (190).

Los resultados tan escandalosos como injustos, en que se manifiesta la permitida prepotencia del empresariado, bien visibles en las cláusulas de exoneración de sus responsabilidades, levanta una creciente reacción de la doctrina (191). Los juristas, jueces y autores, atendiendo a la misma naturaleza del Derecho, sienten desasosiego y repugnancia al ver que las normas se interpretan y aplican de modo que amparan resultados patentemente injustos. Uno de los medios para escapar de los más llamativos de tales resultados será acudir a los conceptos de las buenas costumbres y del orden público (192). Su utilización vendrá a facilitar un nuevo enfoque a la delimitación de la esfera propia de la autonomía de la voluntad.

e) *El orden público y los convenios restrictivos de la competencia.* Manifestación importante, aunque curiosamente olvidada, de la valoración de las prácticas restrictivas de la competencia, nos ofrecen algunas sentencias del Tribunal Supremo. En ellas puede observarse cómo se utiliza el concepto del orden público, y esto para justificar resultados opuestos, conforme a las diferentes concepciones económico-sociales dominantes en cada momento.

La sentencia de 15 de enero de 1894 hubo de encararse con el caso siguiente; hubo de constituirse la Unión Industrial, S. A., formada en Madrid por los almacenistas de papel pintado, que tenía «por obieto favorecer los intereses del gremio, evitando los efectos producidos por ruinosas competencias», y uno de los socios fundadores, no pasado todavía un año de su constitución, pretende separarse de la Sociedad; ésta se opone y le demanda para que cumpla las obliga-

(189) Quien se enfrenta a su vez con otras aspiraciones imperialistas, las de los Sindicatos y el Estado.

(190) Sobre ello, lo ya dicho en *El arbitraje y la nueva «lex mercatoria»*, A.D.C. XXXII-IV (octubre-diciembre 1979), especialmente págs. 660 y siguientes.

(191) También sobre esto, *El arbitraje y la nueva «lex mercatoria»*, páginas 667 y sig.

(192) Se nos dice: «La protección de los contratantes da una nueva concepción del orden público», RIPERT, BOULANGER, loc. cit., § 581, pág. 260. Comp. lo señalado sobre nota 253.

ciones sociales asumidas (193). El socio disidente alega en contra la excepción perentoria de nulidad de la sociedad; la que será declarada procedente por la Audiencia, conforme a la sentencia del inferior. El Tribunal Supremo sentencia no haber lugar al recurso, considerando que: «es requisito esencial de todo contrato sea mercantil, o puramente civil, que recaiga sobre objeto lícito no contrario a las leyes, a la moral o al orden público», y que los pactos reservados contenidos en el Reglamento por el que se rige la Unión Industrial revelan su verdadero objeto y los medios para realizarlo: «con tendencia uno y otros de alterar el precio de las cosas, coartando la libertad de la contratación y del trabajo, regulando sus condiciones, bajo cuyas bases no es lícito establecer vínculo alguno eficaz de Derecho» (194).

El Tribunal Supremo, aunque sin decirlo, sigue aquí la doctrina tradicional, que condenaba los monopolios (195) y lo hace basándose en el orden público; al que considera es contrario; por tratarse de alterar el precio de las cosas y coartar la libertad de contratar (196).

Dicha doctrina se abandona en la importante, prolija y razonada sentencia de 25 de abril de 1925. La cuestión era la de la licitud de la Asociación de Salineros de España, constituida para evitar la competencia entre las empresas salineras y fijar precios de venta, los que podrían aumentarse por cada empresario, pero no reducirlos; Asociación a la que un socio acusa de nula por ser ilícita. El Tribunal Supremo se aparta ahora deliberadamente de la doctrina de la sentencia de 15 de enero de 1894, la «que consideró pacto ilícito coartar la libertad de contratación y del trabajo»: estimando que, aunque hubiera varias sentencias en dicho sentido, no podrían respetarse, dada la evolución de las ideas en esta materia (197). Las nuevas ideas en

(193) En primer lugar, la de que se cumpla la cláusula de la escritura constitutiva que disponía se llevasen las cuestiones surgidas con la sociedad al juicio de amigables componedores.

(194) Se observará que no se menciona por el Tribunal Supremo, la alegación de la Sociedad de que se cumpla la cláusula compromisaria. Se rechaza tácitamente; pues la nulidad del contrato constitutivo suponía la de la cláusula compromisaria.

(195) Sobre lo que puede verse lo antes dicho, texto y notas 65-67.

(196) La sentencia, con el laconismo propio de la época, no cita el artículo del Código civil en que se apoya; la mención del orden público hace pensar en que se refiere al 1.255 y no al 1.271 ni al 1.275; parece también que la Sociedad se considera ser más contraria al orden público que a las leyes de la moral.

(197) Se dice: «una sola sentencia no forma jurisprudencia y aunque hubieran sido varias, siempre que fueran del siglo anterior, no podrían respetarse en el presente, porque la jurisprudencia del Tribunal no es estática, tiene que ser dinámica, como las mismas leyes que teniendo carácter permanente en sus derechos, son variables en su evolución progresiva, al tener en cuenta las nuevas necesidades y las realidades de la vida, y por ello, el precedente sentado por este Tribunal en sentencia de 15 de enero 1894 carece hoy de fuerza jurídica, porque el legislador, inspirándose en la evolución de las ideas en esta materia, ha dictado disposiciones legislativas posteriores, de carácter regulador de los conflictos sociales» (considerando 7.º). La única de ellas que antes ha citado es la Ley de Huelgas; la

que se inspira este sentencia son las del mercantilismo liberal. Para ella las Asociaciones constituidas por convenio «tienen que considerarse como lícitas en su objeto, en sus fines y en las mutuas convenciones entre los socios», siempre que las autoridades gubernativas no hayan rechazado sus estatutos, al ser presentados en los Gobiernos Civiles (198). Los acuerdos entre empresarios «para obtener para sus productos un precio remunerador», se presumen ventajosos para la economía nacional, pues con ellos se puede «atender no sólo a la debida mejoría de los salarios, sino además para sostener la bondad de los productos y evitar que una competencia, acaso desleal o ilegítima produzca desequilibrios que, aunque a primera vista parezcan favorables al consumidor, en definitiva arruinan al productor y a las industrias nacionales» (199).

La anterior doctrina, adecuada a la situación económico-social del incipiente desarrollo industrial, cambia cuando frente a ciertos escandalosos excesos surgen los movimientos antimonopolistas y pronto se va abriendo paso la idea de la protección al consumidor, la que al fin en España se manifiesta en la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia.

En este ya modificado ambiente se plantea el pleito sobre la validez del convenio por el que se creó la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya para la venta de aceites minerales y otros productos petrolíferos. Se origina cuando uno de los asociados, como en los casos antes referidos (200), pretende separarse de la Asociación (200 bis). Esta se opone y le demanda ante el Juzgado de Bilbao (abril 1974), para que se le obligue a que siga cumpliendo las obligaciones asumidas; el demandado alega en su defensa la nulidad de la Asociación por haberse constituido con el objeto de restringir la competencia.

Poco después el mismo demandado denuncia a la Asociación ante el Servicio de Defensa de la Competencia, por estar realizando prácticas restrictivas de la competencia. Entre tanto, se ha seguido el pleito ante el Juzgado número uno de Primera Instancia de Bilbao, el que declara la validez del contrato constitutivo de la Asociación (201), de esta sentencia se apela ante la Audiencia de Pamplona. Poco después la Sección Primera del Tribunal de Defensa de la Competencia declara

que comenta diciendo: «lo que se permite al obrero para impedir la competencia entre ellos, hay que conceder a los productores para obtener para sus productos un precio remunerador» (considerando 6.º).

(198) Considerando primero.

(199) Considerando sexto; también el tercero, en el mismo sentido.

(200) Curiosamente ninguna de las dos sentencias antes citadas se menciona en este nuevo pleito.

(200 bis) Se habla aquí siempre de la Asociación, por brevedad, aunque ella carece de personalidad jurídica, al no haberse constituido con las debidas formalidades; la demanda se formula conjuntamente por 26 asociados y por la misma Asociación.

(201) Cuya sentencia declara también no haber lugar a la demanda, por ser nula la adhesión del demandado a la Asociación al haberse producido aquella bajo coacción.

que existe alguna práctica prohibida (202); se recurre de esta sentencia por ambas partes; el Pleno del Tribunal, en 22 de junio de 1977, desestima el recurso de súplica interpuesto por la Asociación y accede al del asociado, con el resultado de ampliar la sentencia recurrida, declarando existir otras prácticas prohibidas y la anulación de los pactos estatutarios que las establecen; estimando además el Tribunal que, en cambio, no procede declarar la nulidad de otros pactos, «por entender que su redacción se refiere esencialmente al gobierno de la propia entidad y ampara otros derechos civiles y mercantiles de los agentes integrados en aquélla (Asociación), que deben ser respetados» (203).

El pleito, entre tanto, ha seguido su curso ante la Audiencia Territorial de Pamplona, la que revocando la sentencia de primera instancia desestima la demanda y estimando en parte la reconvencción declara la nulidad radical del contrato por el que se constituye la Asociación (204); la que fundamenta su fallo en «lo preceptuado en el fundamental artículo 1.255 del Código civil» y en la existencia de causa ilícita (art. 1.275 C. c.), en cuanto se opone a la Ley y al orden público. Contra esta sentencia interponen recursos de casación ambas partes contendientes.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 diciembre 1979, que rechaza ambos recursos, tiene capital importancia. El hecho básico para el juzgador es el de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, en virtud del convenio que crea la Asociación. El Tribunal de Instancia se basa en los pronunciamientos de las tres sentencias antes citadas del Tribunal de Defensa de la Competencia y se menciona el artículo 10 de la Ley de Represión de las prácticas restrictivas de la competencia, conforme al que las resoluciones de dicho Tribunal tienen valor de «presunción legal de certeza». El Tribunal Supremo no recibe a ojos cerrados lo resuelto por el Tribunal de la Competencia, sino que atiende al expresado criterio de la Audiencia Territorial de Pamplona; «propio criterio formado después de una ajustada ponderación de los elementos probatorios incorporados a los autos»; añadiendo, para rechazar el correspondiente motivo de casación, «que el juicio lógico del Tribunal "a quo" no ha sido combatido por el cauce idóneo al hipotético error de Derecho o fáctico en la apreciación probatoria» (considerando 4). ¿Significan estos dichos que la Sala de lo civil del Tribunal Supremo ha pensado que la sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia no es vinculante? ¿Que puede ser desconocida por el Tribunal de instancia? ¿Que la sentencia de éste, que la haya considerado como presunción legal inata-

(202) En 13 abril 1977. Se refiere a la de reducir a la provincia de Vizcaya el área de mercado de los mayoristas asociados.

(203) Considerando décimo. Todavía la Asociación plantea un recurso de reposición previo al contencioso administrativo, alegando la incompetencia del Tribunal y desviación de poder; el que fue desestimado por el Pleno del Tribunal de la Competencia, en 22 de septiembre de 1977.

(204) Sentencia con fecha de 20 febrero 1978.

cable, pueda ser recurrida con éxito en casación, invocando el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil? La Audiencia de Pamplona pudo y debió limitarse a dar el debido cumplimiento al citado artículo 1.º de la Ley de 2 de julio de 1963 (205).

La fundamentación en Derecho de la sentencia comentada es múltiple y de resultados discutibles. Avala la sentencia del inferior en las siguientes razones: Vulnerar el contrato las disposiciones imperativas de la legislación antimonopolista (considerando 2). La limitación que sufre la libertad contractual por el orden público; entendiéndolo por orden público el definido por la sentencia del Tribunal de 5 de abril de 1966 (206), aunque enseguida, citando el artículo 1.º, 3 del Código civil, se dice ser posible «construir un esquema de orden público llevado a la esfera de la economía» (considerando 3), es decir, el mencionado en el artículo 1.º de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. La ilicitud de causa o de objeto, por ser el propósito negocial contrario a la ley (considerando 2), lo que lleva consigo la aplicación de los artículos 1.275 y 1.306 del Código civil (considerando 6 y 7) (206 bis).

En los considerandos de la sentencia juega un papel decisivo la arbitraria ampliación del concepto de orden público del artículo 1.255 del Código civil, hasta hacer que comprenda al orden público económico, con el resultado de concluir que cualquier convenio con objeto de restringir la competencia habrá de ser considerado contrario al orden público, y también de tener causa ilícita (art. 1.275) o torpe (art. 1.306). Lo que no concuerda con la reglamentación establecida por la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. Conforme a ella la consideración de que una práctica restrictiva de la competencia sea contraria al orden público depende de la actuación de dos órganos administrativos, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, los que habrán de decidir por criterios de técnica económica; a uno y a otro, en sus respectivos grados, se las confiere la competencia «privativa» de declarar si existe o no existe una práctica restrictiva de la competencia y de si ésta tiene en su caso condición de exceptuable o no exceptuable (207). El orden público del artículo 1.255 tiene otro sentido y no cabe que dependa del arbitrio de órganos administrativos la declaración del alcance de la declaración de nulidad de un contrato o la de ser opuesto a la moral (208).

(205) Comp. lo dicho sobre notas 49-50.

(206) Referida en nota 117 bis.

(206 bis) Se utiliza este argumento para justificar la declaración de la nulidad radical; frente a la alegación de litis consorcio, activo necesario por no estar entre los demandantes uno de los asociados.

(207) La Ley pretende que se solicite previamente inscripción de las prácticas exceptuables y que las autorice el Tribunal (art. 16); pero aunque fuera denunciada la práctica, sin que ésta hubiera sido inscrita, puede ser declarada exceptuable; sin otra sanción que la de la posible multa (art. 17).

(208) Comp. lo dicho antes en II, 4, a) y b).

El desenfoque de la cuestión por la Audiencia Territorial de Pamplona, no rectificado por el Tribunal Supremo, ha llevado a resultados que resultan indeseables, que habían sido evitados en las Sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia y en la del Juzgado de Bilbao. Aquéllas se limitan a declarar nulos los pactos que resultaban en restricciones de la competencia, pero no los que se refieren a la existencia y gobierno de la Asociación. El Juzgado de Bilbao deja de lado la cuestión, atendiendo a que había sufrido coacción el socio disidente. La Audiencia y el Tribunal Supremo, por el contrario, han considerado que el convenio creando la Asociación tiene un objeto o causa ilícita (209), lo declaran nulo «in toto» y aplicándole lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.306, se llega al resultado aquí especialmente injusto (210), de absolver la Asociación de la obligación de abonar al socio disidente la cantidad resultante de la liquidación de su cuota de participación en la Asociación, es decir, de lo aportado por él al acervo común y de lo que había ido obteniendo con sus propias ventas de minerales; de modo que con ello se enriquecía injustamente la Asociación o los socios de ésta, a costa de quien había sido presionado a ingresar en la Asociación.

Abandonado el criterio del Juzgado de Bilbao, la Audiencia de Pamplona y el Tribunal Supremo hubieran podido, sin inconveniente, limitarse a cumplir lo mandado por el artículo décimo de la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, admitiendo como presunción legal la certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, lo declarado por el Tribunal de Defensa de la Competencia y conforme al artículo primero de dicha ley declarar nulos los pactos en que las restricciones se establecían; cumpliendo así lo ordenado en el artículo sexto, tres, del Código civil, de atender a la especialidad del caso, con lo que se habría soslayado la aplicación del artículo 1.306 del Código civil.

La sentencia de 15 de enero de 1894 hubo de seguir otro camino para condenar las prácticas monopolistas. No se ocupa de considerar la práctica contra la competencia desde el punto de vista de las autoridades administrativas sobre la ordenación económica, sino que directamente declara ilícito el pacto o convenio que tiene por finalidad alterar el precio de las cosas. Doctrina que merecía haber sido mantenida, conforme al concepto de orden público tradicional de la época y que hoy vuelve a ser actual, ya que como en el Derecho tradicional se considera ilícito y contrario al orden público el pacto

(209) TORRALBA había incluido en su estudio sobre la causa ilícita a las sentencias, antes citadas, de 15 enero 1894 y 21 abril 1925, por tener como causas prácticas restrictivas de la competencia: *Causa ilícita: Exposición sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en este ANUARIO, XIX-III (julio-septiembre 1966), págs. 683-685.

(210) Lo que para evitarlo parece hubo de pensar el Juez de Bilbao, al considerar que el socio demandado se había adherido o incorporado a la Asociación por la intimidación sufrida.

que resulte y en cuanto resulte en daño de los pobres, o en términos modernos en cuanto sea en perjuicio de los consumidores (211).

7. El orden público económico

El término y el concepto de orden público económico aparecen por primera vez en la legislación española con la Ley sobre Represión

(211) Unas palabras todavía sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979. Su decisión está en general predeterminada por la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona. Al estimar ésta que el convenio creando la Asociación tenía una causa ilícita, resultaba difícil evitar la aplicación al caso del artículo 1.306, regla primera del Código civil. Esta desgraciada regla, tan difundida en Códigos y jurisprudencia, lleva en muchas ocasiones a resultados prácticos desconcertantes (comp., por ejemplo, lo señalado en el *Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, páginas 250 y sig.).

MALAUURIE, *Les contrats contraires á l'ordre public (Etude de Droit comparé: France, Anglaterre, URSS)* Reims, 1953, págs. 211 y sig.; en nota 5.^a enumera los autores de la doctrina francesa que opinan contra la regla «nemo auditor»; DORAT DES MONTS, *La cause inmoral (Etude de jurisprudence)*, París, 1956, págs. 115 y sig.; FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, Heidelberg, New York, 1965, págs. 391 y sig. NIEDELÄNDER, *Nemo turpitudinem suam allegans auditor, Ein Rechtsvergleichendes Versuch*, en «*Jus et Lex*», en honor de M. Gutzwiller, Basel, 1959, págs. 621-638; PANSÀ, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, referencia bibliográfica en pág. 287, notas 26 y 27, jurisprudencia francesa, pág. 290, nota 32, y suiza, pág. 314, nota 80. La regla, aunque justificada en ciertos casos y que debiera ser excepcional (limitada al supuesto del pago a la meretriz), se ha extendido injustificadamente, hasta convertirla en general. Por ello, los Tribunales han tratado muchas veces, de evitar las consecuencias más contrarias a la equidad y al buen sentido. Así se admite en ocasiones que si bien no se puede repetir simplemente lo entregado en un contrato con causa ilícita, se puede reclamar en virtud de otro título jurídico; así, por ejemplo, se entiende que se puede reivindicar el inmueble que se arrendara para casa de tolerancia. Por semejante razón se podría justificar que en el pleito de la Asociación de Agentes mayoristas, se diera lugar a la reclamación del Agente disidente, para que se le devuelva lo que había aportado al fondo de maniobra de la Asociación. Otros motivos para acceder a la repetición de lo entregado por causa ilícita, se han utilizado en la práctica inglesa (véase, por ejemplo, *Principles of the Law of Contracts*, por el fallecido SALMOND y por WILLIAMS, London, 1945, § 125, págs. 346 y sig.; *The Law of contracts*, por CHESHIRE y FIFOOT, London, 1945, págs. 247 y sig. La regla «in pari causa turpitudinem cessat repetitio», supone la paridad de culpa en ambos contratantes; la que no existe cuando una de las partes ejercita sobre la otra alguna forma de opresión, influencia indebida o alguna forma de abuso de poder y también cuando uno de los contratantes aparece como la víctima del otro. En el caso de S.T.S. 31 diciembre 1979, si bien no se daban los requisitos estrictos de la intimidación, conforme al artículo 1.287 del Código, de los hechos reconocidos resulta que el Agente disidente ingresó en la Asociación sólo por la indebida presión de la Asociación. También se hubiera podido tener en cuenta lo conveniente de dejar un «locus penitentiae» para cada uno de los contratantes; el arrepentido, aquí el Agente disidente (al apartarse de la Asociación ilícita) no parece justo que resulte ser el castigado dejando sus lícitas ganancias en favor de la Asociación o de los otros Agentes, de aquéllos que pretendían mantener la situación ilícita.

de las Prácticas Restrictivas de la Competencia o mejor dicho, en la Exposición de Motivos de esta ley. En ella se trata del orden público económico, para explicar o justificar la sanción de nulidad impuesta por dicha ley a los convenios y decisiones que originan prácticas restrictivas de la competencia; sanción que en el artículo primero, párrafo segundo de la Ley, se nos dice establecida «como contrarios a la ley y al orden público». Señala, al efecto, que el concepto tradicional del orden público es un concepto en blanco, que la legislación va en cada momento concretando y que «su idea comporta una limitación a la libertad genérica de los particulares». Con la Ley, se añade, «viene a delimitarse uno de los aspectos más importantes del orden público, adjetivándole dentro de un sistema de economía libre y configurando así un orden público económico» (212).

El legislador, de este modo, pretende amparar en el concepto de orden público ese arbitrario poder atribuido a la Administración, respecto a las prácticas restrictivas de la competencia, y lo hace mediante el empleo del nuevo término de orden público económico. Deformación del concepto de orden público, que se acepta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1979, el que entiende que el convenio establecido para restringir la competencia está infringiendo los artículos 1.255 y 1.275 del Código civil.

Insertar el llamado orden público económico dentro del concepto ya recibido de orden público es algo no sólo dudoso, sino de consecuencias posiblemente perturbadoras. Convendrá por ello detenerse en examinar esa nueva figura, su origen, características, semejanzas y diferencias con el orden público, al que se refiere el artículo 1.255 del Código civil.

El término orden público económico es reciente en el lenguaje jurídico; lo introduce George Ripert, quien repetidamente se ocupa de esta nueva figura (213) y quien con su insistencia y autoridad la populariza e impone en Francia y que después también se acepta fuera de Francia. Con su habitual brillantez y soltura describe como la an-

(212) E. de M., III.1. Otro motivo para emplear el término orden público económico hubo de ser la indeterminación y generalidad de la referencia al orden público, lo que permitía evitar la dificultad de que, tratándose de imponer sanciones, hubiera que acudir a la tipificación penal. E. de M., III.

(213) *L'ordre économique et la liberté contractuelle en Etudes Geny II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, págs. 347-355, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, París, 1948, en especial §§ 140-153, págs. 255-282, también § 151 y sig. (obra aquí utilizada especialmente), *Le déclin du droit, Etude de législation contemporaine*, París, 1949, pág. 43 (libro dedicado a mostrar como el intervencionismo del Estado en la economía es una de las principales causas de la decadencia del Derecho). Es de advertir que en *Traité de droit civil, d'après le Traité élémentaire de droit civil par Marcel Planiol avec la collaboration de Georges Ripert*, París, 1932, no se menciona siquiera el orden público económico, §§ 288-291, págs. 119-121; es ya citado, aunque brevemente en *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol por Ripert y Boulanger*, París, 1956, I, § 581, pág. 260.

tigua, casi ilimitada libertad contractual, va perdiendo su soberanía; ahora se encuentra limitada por el Derecho estatal, sea para proteger ciertas clases de personas (obreros, arrendatarios, compradores), sea sobre todo para organizar la producción, la circulación y la distribución de la riqueza. Distingue además entre el orden público establecido por el artículo 6.º del Código civil francés, que es el orden público en sentido político (organización del Estado, de la familia, de la profesión reglamentada), y aquel otro que corresponde a la organización económica del Estado, que es tan obligatorio como aquél. Sobre esta base llega a la conclusión: «Existe, en consecuencia, un orden público económico» (214).

La doctrina posterior a Ripert sistematiza sus ideas y así se distingue entre un orden público de protección (considerado todavía individualista), que se aplica en favor de ciertos contratantes a los que se consideran económicamente más débiles (obreros, arrendatarios, compradores) y orden público de dirección (organización autoritaria de la economía), que tiene por objetivo dar una cierta dirección a la producción, cambio, y distribución de la riqueza (215).

El término orden público económico (216) en sí mismo es inocuo y puede ser oportuno cuando se le utiliza para referirse a la ordenación de la economía impuesta por el Estado, la que con ello determina restricciones de la libertad de contratación (217). Lo que parece inadecuado y hasta peligroso sería identificar las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, aludidas en el artículo 1.255 del Código civil (orden público jurídico) y las imposiciones o restricciones a la libertad de contratar derivadas del intervencionismo económico de la Administración (orden público económico). Sentidos dados al orden público que deben separarse, porque su naturaleza y consecuencias jurídicas son otras.

(214) *Le régime démocratique*, pág. 257.

(215) CARBONNIER, *Droit civil*, París, 1957, § 115, pág. 188; FARJAT, *Ordre Public et bonnes moeurs*. Juris Classeurs. Ordre Public et bonnes moeurs. C. c. artículo 6.º, 1966 (1971), pág. 8, 27; WEILL, TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, París, 1980, § 248, pág. 287. Extensamente, GHESTIN, *Traité de Droit civil. Les Obligations. Le contrat*, París, 1980, §§ 122-128, págs. 86-92; señala que la intervención del Estado en las actividades económicas obedece a dos inspiraciones, al intervencionismo neoliberal y a dirigismo (§ 117, página 82) y señala que hay un orden público y social de protección (§ 122, pág. 86 y sig.) y de dirección (§ 124, págs. 89 y sig.).

(216) Se ha observado agudamente que el concepto de orden público económico es muchos más amplio y mucho más extenso de lo que generalmente se le entiende; que «No sólo constituye el orden público económico las actividades del Estado para conformar económicamente a la sociedad, sino también las directrices básicas sobre las cuales se asientan, en cada momento histórico dado, el sistema y la estructura económica de esa misma sociedad». Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, I, pág. 43; exponiéndose después brillantemente los principios generales del orden público económico, págs. 43-48; también Díez PICAZO, *Montes, Derecho privado y sistema económico*, Madrid, 1979, págs. 63-64.

(217) FARJAT señala que orden público económico puede significar simplemente que «las relaciones contractuales están sometidas a ciertas re-

Ya, de lo antes dicho, habrá podido observarse lo muy diferente de la fundamentación normativa de cada uno de las dos clases de orden público. El orden público jurídico se basa en normas extra-positivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el buen sentido de lo justo o de lo moral. De ahí que su eficacia sea negativa, la de declarar nulos ciertos convenios, los que por contrarios al orden público tiene un propósito, objeto o una causa ilícita. El orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones. Se manifiesta con eficacia positiva, imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. La que puede tener motivaciones de interés general, pero también clasistas o a favor de ciertos particulares (217 bis). En ocasiones cabe que origine la nulidad total de los convenios que la contradigan, en otros casos, la nulidad relativa o parcial, o bien su reforma o acomodación; pudiendo dar lugar a sanciones penales y multas administrativas.

Lo relevante de lo distinto de la naturaleza y de la función de cada uno de los dos tipos de orden público se observa de modo inmediato en la relación en que se encuentran respectivamente con la moral y las buenas costumbres. El orden público jurídico está en estrecha e indisoluble conexión con las buenas costumbres, de tal manera que se hace difícil distinguir estas figuras (218). El valor de ambas se manifiesta llamativamente en que rompen el criterio de la justicia rogada y en que, a pesar del principio de que nadie puede ser condenado, sin ser antes oído, se ha impuesto la idea de que es más justo que los Tribunales declaren de oficio la nulidad de los convenios que sean «manifiesta y notoriamente contrarios a la moral e ilícitos» (219). El orden público económico, por el contrario, atiende a lo que la Administración en cada momento, entienda ser más conveniente a su plan económico; para lo que, a tal fin, se dejan de lado

glas obligatorias de orden económico», *L'ordre économique*, París, 1963, página 17; comprendiendo no sólo al derivado del interés general, sino también al de intereses particulares, pág. 31.

Comp., sin embargo, GORDILLO, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, en este ANUARIO, XXVIII-1 (enero-marzo 1975), págs. 113-119; SAINZ MORENO, loc. cit., págs. 599 y sig.

(217 bis) RIPERT hubo ya de señalar que el orden público económico no se refiere a los intereses permanentes del Estado, a los del orden de una sociedad estable (pág. 350), sino que crea diferencia de trato entre los nacionales, según su clase, desapareciendo el principio de igualdad, ante la diversidad de intereses a proteger (pág. 351), en *L'ordre public économique*, citado antes.

(218) Como se ha indicado antes, sobre las notas 166-178.

(219) S.T.S. 29 febrero 1932, que consolida la doctrina. Otras referencias en el *Negocio jurídico*, págs. 476 y sig. Ultimamente, S.T.S., 31 de diciembre 1979 y sentencias allí citadas.

los dictados de la moral y de la justicia conmutativa (220). Por todo lo que se ha podido calificar el orden público económico hasta de «amoral» (221).

Las diferencias señaladas se traducen en la distinta situación en que se haya el Juez, respecto de cada orden público. El orden público jurídico otorga al Juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbres y de lo justo, inmanentes o trascendentes, del sistema jurídico en vigor, los que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes; ello corresponde a su estricto oficio de administrar justicia. En cambio, no le corresponde ser un experto en economía, ni adivinar, ni colaborar con las arcas o abiertas intenciones de quienes manejan, para bien o para mal, la economía del país; todo ello es extraño al propio cometido judicial. Respecto al llamado orden público económico, el Juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquél delegue (interpretación estricta) (222).

Dadas las esenciales diferencias existentes entre el antiguo concepto de orden público (orden público jurídico) y el orden público económico no puede extrañar que se haya sugerido abandonar el término orden público económico y reservar el término orden público para el que hemos llamado orden público jurídico (223); lo que tendría la ventaja de evitar confusiones, siempre tan peligrosas en la doctrina jurídica.

(220) Aceptación o fomento de la inflación política monetaria, protección de ciertas clases, trato discriminatorio respecto a las personas no productoras o pasivas, privilegios para exportadores o importadores, etcétera, etcétera.

(221) MAULARIE, *Les contrats contraires a l'ordre public*, Reims, 1953, página 57 (con referencia a Carbonnier).

(222) Sobre lo que advirtiera ya RIPERT, *Le régime démocratique*, página 259; MAULARIE, *Les contrats contraires a l'ordre public*, págs. 55-57; FARJAT, *L'ordre public économique*, págs. 138 y 139.

El orden público económico, no es considerado como motivo de un recurso de casación, ante la Sala 1.ª de lo civil del Tribunal Supremo. Dicho orden público ha de encontrarse establecido en leyes administrativas o fiscales y una jurisprudencia reiterada excluye de la casación el recurso motivado en la infracción de tales leyes. Así, entre otras muchas, sentencias de 7 marzo 1943, 7 julio 1949, 30 diciembre 1953, 12 mayo 1956.

(223) MALAURIE, loc. cit., págs. 55 y sig.; FERRI señala sus dudas sobre la conveniencia de mantener y de recurrir a la noción de orden público económico; pues que dada sus proporciones mastodónticas, puede ser de escasa utilidad y originar peligrosas confusiones, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, pág. 224; quien ha dicho también que considera un grave error de perspectiva, el extender el orden público a la relación entre la iniciativa privada y el ordenamiento público de la economía, en *Atti della tavola rotonda tenuti presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania* (17-18 maggio 1969), *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 67), pág. 54.

V. ¿HACIA OTRA CONCEPCION DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD?

Se habrá podido observar, cuando se ha tratado del orden público, cómo mediante su utilización la autonomía de la voluntad se entiende de modos diferentes al correr el tiempo, y también podrá verse ahora que su evolución ha seguido líneas parecidas en todos y cada uno de los países de la llamada Europa Occidental (224).

1. *La concepción liberal del contrato.*

La concepción liberal de la autonomía de la voluntad hizo pensar, y todavía hoy hay quien así lo piensa, que ella supone entregar a los particulares «una reserva de caza», una «zona protegida» (225) en la que el Estado no tiene otro quehacer que el de dejar hacer. Mas aunque sea en el inconsciente, al irse perdiendo el respeto a los dogmas liberales, no pudo menos que sentirse que, si ello es así, los poderes públicos no tendrían que intervenir para nada en esa zona privada, en tanto no se toque a la esfera de lo público. Cuando se pide el auxilio de las autoridades del Estado, para que se haga cumplir lo prometido en un contrato, poniendo así al servicio del particular el aparato coactivo estatal, se ha salido ya de la zona privada (226). Cuando el Estado, en sus Códigos se compromete a dar fuerza de ley a los contratos, lo hace arrogándose una actividad pública (administración de la justicia) y entonces ya no puede actuar de un modo

(224) Como se ha dicho antes en general en este ensayo, y aquí, especialmente, se advertirá una repetida referencia a la legislación y doctrina extranjeras. Se intenta demostrar, con algunos datos sintomáticos que la doctrina y la práctica de los países más desarrollados de la Europa Occidental, siguen una paralela o semejante evolución en el modo de entender la autonomía de la voluntad, aunque en cada uno de ellos se produzca antes o después. Relativas coincidencias que no son resultado de atender al Derecho extranjero, del mimetismo o del deseo de unificar el Derecho; que se explica por lo paralelo del desarrollo de la realidad socio-económica y de las consiguientes acciones y reacciones jurídicas que el mismo origina. Las Leves y la doctrina española sobre los contratos, se ha desarrollado más lentamente, debido a la pereza o retraso del desarrollo económico español. La situación actual, de rápido cambio, muestra ya las características propias de la sociedad de consumo y requiere que se acojan medidas como las adontadas por otros países en favor del consumidor. Los datos aquí recogidos tienen, me parece, el valor de indicios que anuncian una concepción más ajustada y más justa del contrato, en reacción ahora respecto de los excesos propios de «L'Europe des marchands». Reacción que vendrá a coincidir con algunas de las líneas maestras de la concepción tradicional del Derecho español.

(225) Términos empleados por PELLICANI, *La ricoperta della autonomia privata*, en *Temi della coltura giuridica contemporanea*, Padova, 1981, página 30.

(226) Siguiendo con la metáfora de la reserva de caza, se podría decir que se pide la intervención del Estado para que se convierta también en cazador y entregue la caza a uno de los contratantes.

indiscriminado; como Estado de Derecho no le está permitido imponer algo que sea ilícito, que implique un resultado contrario a la Justicia o a la Moral. Función discriminadora que ha venido realizándose tímidamente, considerando nulos aquellos contratos que sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Poder de censura atribuido a los Jueces, que será el que al irse ampliando hará que la autonomía de la voluntad vaya tomando un nuevo sentido.

Durante el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX, los prejuicios dominantes del liberalismo, imponen el principio de considerar excluida cualquier limitación a la autonomía de la voluntad, fuera del expreso mandato de la Ley (227). Este criterio vendrá a ser puesto en duda por el intervencionismo del Estado, el que para proteger a ciertas clases sociales (contrato de trabajo, seguros, transportes, arrendamientos) dicta leyes en las que dominan las normas imperativas, abandonando en aquéllas el principio de libertad de contratación. Lo que hará pensar a los autores en una «nueva concepción del orden público», la de la protección del contratante que no se encuentra en situación de igualdad, para defender sus intereses (228).

Causa más honda, aunque menos llamativa de la crisis de la concepción liberal del contrato, puede encontrarse en los movimientos de reacción frente al uso exageradamente abusivo de ciertas figuras (contrato de adhesión, condiciones generales de los negocios) en el mundo del tráfico mercantil, en daño de los consumidores.

2. El contrato por adhesión

La doctrina francesa hubo de advertir pronto lo anómalo de los contratos cuyo contenido se ofrecía previamente redactado por una de las partes o en los que por ella lo hacía un tercero o una institución; mientras que el otro contratante había de limitarse a aceptar o rechazar el contrato; convenios previamente redactados en formularios o modelos, a los que por ello se les llamará contratos de adhe-

(227) Se inspira en «el principio de la libertad», y se proclama: «He aquí ante todo, una gran regla de Derecho que en ninguna parte está escrita en términos formales, pero cuya existencia es cierta: todo lo que no está prohibido por la ley, está permitido. La libertad es la regla; la libertad privada es la regla, salvo los límites fijados por la Ley». PLANIOL, RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, París, 1932, § 288, pág. 119. En su consecuencia, la reserva de no ser contrario el contrato al orden público o a las buenas costumbres, se aplica restrictivamente; comp. lo dicho sobre nota 181 y sig. No debe olvidarse el influjo de la idea darwiniana-liberal; de que el progreso resulta del triunfo del más apto en la lucha por la vida.

(228) RIPERT, BOULANGER, *Traité de Droit Civil d'après la traité de Planiol*, París, 1956, § 58, pág. 200. Idea recogida en el mismo título de la obra de MUZNAGHI, *Le déclin des causes d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*, París, 1981.

El referido creciente intervencionismo de los Gobiernos en los ámbitos privados, convierte en lugar común hablar de la crisis del contrato y del declinar del Derecho.

sión (229). Este hecho será motivo de que se discuta entre los autores sobre su naturaleza, sosteniéndose por algunos que ni siquiera deben ser calificados de contratos. La opinión común razonablemente se ha inclinado por considerarlos contratos, aunque de características especiales (230).

Cierto es que en tales contratos no existe deliberación sobre cada cláusula o condición, que una de las partes no consintió en ellas y que posiblemente no llegó siquiera a conocerlas. Mas también es cierto que el consentimiento se requiere sobre el objeto y la causa del contrato (arts. 1.261 y 1.262 del C. c.) y no sobre cada uno de los pactos, cláusulas o condiciones de los mismos (comp. arts. 1.255 y 1.647 del Código civil), respecto de las que bastará una referencia general (231).

Al objeto limitado de este ensayo interesa sólo destacar la intrínseca peligrosidad de este tipo de contratos, en el que a una de las partes se le deja mano libre para establecer cláusulas abusivas en daño de la otra parte; así, por ejemplo, imponiendo cláusulas de exención de responsabilidad, cláusulas penales, de caducidad, de renuncia al propio fuero o acudiendo a la cláusula compromisaria (232). El uso

(229) Parece que fuera SALEILLES, quien primero llamara la atención sobre la figura y le diera nombre (*La déclaration de volonté*, París, 1901, § 89 y sig., págs. 229 y sig.; quien entiende hay más bien una declaración unilateral de voluntad. Sobre la diferencia entre modelo de contrato y contrato de adhesión; SCHMITZ HOFF, *The Unification or Hermonisation of Laws by means of Standard Contrats and General Conditions*, Unidroit, Yearbook, 1967-1968, II, pág. 93.

(230) Sobre la cuestión, ROYO MARTÍNEZ, *Contratos de adhesión*, en este ANUARIO, II, 1, (enero-marzo 1949), págs. 54 y sig., y en especial, págs. 59-62; DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, páginas 221 y sig., especialmente, págs. 222-223. También, por ejemplo, GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, París, 1937, pág. 57; JOSSERRAND, *Cours de Droit civil positif français*, París, 1931, § 33, pág. 21; MARTY, RAYNAUD, *Droit civil*, París, 1962, II, 1, § 118, pág. 102; CARBONNIER, *Droit civil*, París, 1957, II, 2, § 100, págs. 342-343; MUZNAGHI, loc. cit., págs. 191-195; WEILL, TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, París, 1980, § 47, pág. 50; GHESTIN, *Le contrat*, París, 1980, § 73, pág. 49 y sig., CALAIS AULEY, *Droit de la consommation*, París, 1980, § 188, pág. 296. Los informes de EÖRSI y de SCHMITTOFF, sobre el tema de los contratos de adhesión y la protección de la parte más débil, al 2.º Congreso de Derecho Privado de UNIDROIT; *New Directions in International Trade Law*, N. Y., 1977.

(231) Las mismas normas dispositivas son generalmente desconocidas por los contratantes. También se ha hecho notar, no ser infrecuente que al redactarse una escritura pública, las partes no hayan discutido en detalle su texto y que la lectura en voz alta por el Notario o por su oficial se traduzca en mal oír unas palabras no comprendidas; en tales casos, basta que las partes, por ejemplo, hayan consentido en vender y comprar confiando al buen saber del Notario su desarrollo en detalle.

(232) La situación no es nueva. En la práctica anterior a la Codificación puede también verse lo mismo en los modelos de contratos reunidos para uso de Escribanos o Notarios; en ellos se procura liberar de obligaciones al cliente e imponer duras condiciones al otro contratante, asegurando su cumplimiento con penas y juramento; para ello se utilizan el remedio de la renuncia de leyes imperativas y el renunciar a la Ley que prohíbe la renuncia. Sobre la peligrosidad de la cláusula compromisoria lo dicho

y abuso de estas condiciones de modo masivo e injustificado han hecho que los autores amonesten sobre las trampas que dichos contratos pueden contener y algunos llegan a decir que los Jueces pueden anular en ellos no sólo las cláusulas dolosas, sino también las leoninas (233).

Esta opinión debió parecer demasiado avanzada a los más de los autores, que prefieren otros paliativos frente al uso abusivo de los contratos de adhesión, para así no abandonar el criterio del respeto a lo convenido por contrato (234).

Por el contrario, aquel sentir más atrevido encuentra acogida en algunas leyes de países que están dentro del área de la cultura jurídica francesa. Así, en el Código civil de Egipto (235), en el Código civil de la República árabe de Libia (236) y en el nuevo Código civil de Argelia (237). También se nos dice que dicha idea ha tenido cierto eco no sólo en la jurisprudencia francesa, sino también en la británica y en la de Estados Unidos (238).

en *El arbitraje y la nueva «Lex mercatoria»*, en este ANUARIO, 1979, especialmente págs. 654 y sig. A lo allí dicho puede agregarse lo señalado por BERLIOZ, para quien la cláusula «constituye un medio de escapar de las medidas de protección a las partes, desarrolladas por el legislador o la jurisprudencia, no por enemiga del arbitraje, sino para que no se haga de él un abuso que lo desacredite. Por la cláusula de arbitraje se busca imponer un Derecho corporativo que el adherente no escoge libremente y que puede no atender a sus intereses», *Le contrat d'adhésion*, París, 1976, pág. 76.

(233) DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, París, 1923, I, § 618, pág. 314; JOSERAND, loc. cit., I, § 33, pág. 21.

(234) ROYO MARTÍNEZ, dice —extendiendo el criterio a las cláusulas generales— que pueden utilizarse como remedio de los citados abusos, la agrupación de los consumidores, normas legales imperativas eliminando las cláusulas abusivas, su corrección por vía interpretativa, intervención de la Administración mediante normas específicas respecto de cada ramo o por aprobación de los formularios, loc. cit., pág. 63; MARTY, RAYNAUD, aconseja que las víctimas de los abusos se agrupen en sindicatos y así consigan modificaciones del contrato de adhesión; loc. cit., II, 1, § 118, pág. 103-104.

(235) Su artículo 149 dice: «Cuando el contrato se forma por adhesión, el Juez puede, si el contrato contiene cláusulas leoninas, modificar estas cláusulas o dispensar de ellas a la parte que se adhiere, y ello conforme a la equidad. Código promulgado en 1948 por el Rey Faruk I, J. off. du Gouvernement égyptien, núm. 108 bis, A, ley núm. 131.

(236) Artículo 149, mencionado por MUZNAGUI, loc. cit., págs. 194-195.

(237) Ordenanza de 6 de septiembre de 1975; su artículo 70, dice: «La aceptación de un contrato por adhesión resulta de la adhesión de una parte a un proyecto reglamentador que otra haya establecido, sin permitir su discusión», el artículo 118, sigue diciendo: «Cuando el contrato se forma por adhesión, si el contrato contiene cláusulas leoninas, el juez puede modificar estas cláusulas o dispensar a la parte que se adhiere, y ello conforme a las reglas de equidad». «Todo convenio en contra es nulo». Recogido en BERLIOZ, *Le Droit d'adhésion*, 2.ª ed., puesta al día, París, 1976, página 201.

(238) Según testimonio y datos reunidos por BERLIOZ, loc. cit., págs. 66 y siguientes.

3. Las cláusulas generales de los contratos.

La doctrina alemana, por su parte, parece haber sido la primera en la que se llamara la atención hacia las cláusulas generales de los negocios (239). Figura afin a la de los contratos por adhesión, de la cual no será fácil distinguirla (240), cuando las condiciones generales se estiman conocidas por el contratante que las acepta (241). Mas consideradas las dos figuras como fenómenos socio-económicos, la importancia de las condiciones generales será incomparablemente mayor que la de los contratos de adhesión.

Las condiciones generales nacen en un momento de avanzado desarrollo económico, su generalización se produce en días de optimismo, de expansión del capitalismo occidental, en los que se impone la producción en masa y se requiere un continuado y progresivo crecimiento de las ventas, según cuidados programas de mercado.

En el juego de las fuerzas sociales en el mundo moderno, empresarios (financieros, industriales y comerciantes) alcanzan una decidida prepotencia, la propia del poder del dinero y del manejar los maravillosos avances de la técnica, con lo que adquieren el prestigio de ser causa del progreso y de la prosperidad creciente de la sociedad de consumo. Manifestación de esta situación privilegiada y para su defensa aparecen y se difunden las cláusulas generales de los contratos. Se justificarán como imprescindibles para la racionalización del tráfico en una economía de masas y encuentra su fundamentación doctrinal en la ambiciosa teoría de «la nueva *lex mercatoria*» (242). Formulada y defendida por los abogados y asesores de las grandes organizaciones mercantiles y también por algunos eminentes maestros del Derecho, alcanza por un momento la apariencia de opinión común de los juristas, en especial entre mercantilistas y cultivadores del Derecho internacional privado (243).

(239) Pueden verse las citas mencionadas en *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, en su primera nota, en este ANUARIO, XIV-II (abril-junio 1961), reeditada en Cuadernos Civitas, Madrid, 1975.

(240) Por ello, no es extraño que distinguidos autores hayan estudiado ambas figuras conjuntamente, por ejemplo, ROYO MARTÍNEZ, loc. cit., páginas 58 y sig.; BERLIOZ, loc. cit., pág. 207.

(241) Cuando el otro contratante no las conoce, puede decirse con razón que tales condiciones han quedado fuera del negocio, DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 223; apareciendo como normas de organización de todos los contratos de la empresa, *id.*, pág. 231.

(242) Sobre ello, *El arbitraje y la nueva Lex mercatoria*, antes citado, «passim» y especialmente págs. 660 y sig., y allí citados. También, *Le condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, en que se recogen interesantes comunicaciones y discusión sobre el tema, *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università de Catania*, Milano, 1970; y los estudios recogidos en *Le condizioni generali de contratto*, a cura di C. Massimo BIANCA, Milano, 1979.

(243) Ha sido un fenómeno extraño y de no fácil explicación. Se ha dicho que se trata de reconocer objetivamente el hecho del poder normativo de los empresarios, de adoptar el Derecho a las nuevas exigencias de

Como siempre ocurre, el poder incontrolado lleva a su abuso. Las asesorías de las grandes empresas aguzan su ingenio para alterar la estructura natural de los contratos y por medio de hábiles cláusulas y condiciones entregan al arbitrio de la empresa el cumplimiento de las obligaciones propias del contrato celebrado; lo que se pretende no sólo para las condiciones comunicadas al cliente, sino también para todas las redactadas por la empresa. Esta situación, por su difusión y resultados escandalosos, hubo de herir el natural sentido de justicia, que rechazaba que las autoridades hubiesen de colaborar con las empresas para imponer la ejecución de pactos leonimos. A esta causa de reacción frente a las condiciones generales hubo de sumarse el sentimiento de que con ellas se conculcaba la soberanía del Estado. La nueva «lex mercatoria» suponía atribuir a los empresarios poderes soberanos, de los que las condiciones generales representarían el poder legislativo» (244).

La misma relevancia alcanzada por las condiciones generales de los contratos en la práctica comercial y en la doctrina jurídica hará que las censuras de sus abusos conmueva la opinión pública y suscite así el interés de los políticos. La reacción contra ellas será más enérgica que la que originaran los contratos de adhesión. Dará lugar aun reconociendo su utilidad y hasta su necesidad (245), a medidas legis-

la nueva economía, de atender a los costos sociales, de no sacrificar el interés colectivo (prosperidad económica) al interés de un particular a una solución equitativa. Aparte de estas consideraciones socioeconómicas se acude a prejuicios de la concepción literal del contrato, al principio «pacta sunt servanda», a la conveniencia de liberar los contratos de normas imperativas, pues nadie sabe mejor lo que les conviene que los propios interesados, el evitar pleitos y el arbitrio judicial y hasta juega la remisión de las direcciones pandectistas que atendían en primer lugar a la seguridad jurídica; sobre todo, el pensar que la ilimitada autonomía de la voluntad podría salvar el obstáculo que para el comercio internacional supone la disparidad de las leyes nacionales. Argumentos que todavía se utilizaban en la *Tabla Redonda*, citada en la nota anterior; comp. PANZA, página 97, Russo, pág. 236. También se alega que «una de las ideas fundamentales de la Economía es que el cambio libremente querido conviene a ambas partes, y por tanto, crea utilidad», que con la tendencia a asegurar el «mínimo ético», se olvidan «los efectos reflejos respecto a terceros», que «las disciplinas puestas al servicio de las clases más débiles han acabado por producir resultados opuestos a los propósitos proclamados», TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale, in Temi della cultura giuridica contemporanea*, Padova, 1981, págs. 104-106. Puede observarse la significativa semejanza de estas razones con las utilizadas por nuestro Tribunal Supremo, S. 25 de abril 1925, en defensa de la concepción liberal del contrato, antes citada sobre notas 197-199.

(244) Por medio también de las condiciones generales, utilizando la cláusula compromisaria, se podía imponer un juez árbitro a conveniencia, cuyas sentencias habrían de ser cumplidas so pena de sufrir sanciones corporativas. De ese modo, hubo de sostenerse que la nueva «lex mercatoria» implicaba atribuir a los nuevos mercaderes los poderes legislativos, judicial y ejecutivo.

(245) Al publicarse el Anteproyecto de Ley sobre las condiciones generales del Gobierno Federal alemán, se cuidó de advertir sobre el significado de éstas como instrumento indispensable de racionalización; «racio-

lativas contra su utilización abusiva, como se hace en la Ley alemana de «Regulación del Derecho de las condiciones de los negocios» (246) o en las que se tienen presentes al tratar de proteger a la parte más débil (247) o defender a los consumidores (248).

4. *Los pactos leoninos.*

El referido movimiento legislativo, importante sin duda en sí mismo, tiene una mayor trascendencia en cuanto ha sido motivo para quebrantar a fondo el dogma liberal de la ilimitada autonomía de la voluntad. Es cierto que las leyes que lo han formado se refieren sólo a determinados supuestos, el de las cláusulas generales de la contratación, el del contrato con una parte más débil, o el del contrato con un consumidor; mas de ello no cabe inferir qué cláusulas leoninas e idénticas o análogas a las condenadas en tales leyes hayan de considerarse plenamente válidas, por estar insertas en contratos no formados en base a condiciones generales o en las que no haya parte débil ni un consumidor (249); ya que la «ratio iuris» de las citadas leyes se centra en la ineficacia de ciertas cláusulas por su naturaleza leonina o ilícita. Sería contra la buena lógica jurídica estimar eficaces cláusulas tales, que hayan sido declaradas ilícitas o leoninas en aquellas otras leyes, por el hecho sólo de que aparezcan en contratos indi-

nalizar o simplificar el desarrollo de la contratación masiva, ordenar jurídicamente esferas de la vida o de los negocios no regulados o insuficientemente regulados en las leyes, aumentar la posibilidad de cálculo de los riesgos de los negocios y poder adaptar rápidamente las disposiciones contractuales de los negocios en masa a los cambios económicos y a los desarrollos técnicos» (cita de HIPPEL, *Der Schutz der Verbraucher von unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den E. G. Staaten*, RABELS, Z., 41 (1977.2).

(246) *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, de 9 diciembre 1976 (citada como AGB Gesetz), alguna indicación sobre esta ley en *El Arbitraje y la nueva lex mercatoria*, loc. cit., págs. 683-684. Detenido comentario sobre esta Ley y cuidada referencia de la extensísima bibliografía sobre ella en SCHLOSSER, en *J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlín, 1980.

(247) Sobre ello, por ejemplo, GUILLERON, *La protection du faible dans les contrats*. Z.f. Schw R., 98 (1979, I, 3), págs. 225 y sig.; HOFFMANN, *Über der Schutz des schwächeren bei internationalem Schuldverträgen*, Rabels Z., 38 (1974 H. 2-3), pág. 396; EÖRSI Y SCHMITTHOFF en sus comunicaciones sobre el tema, en *Contracts of adhesion and the protection of the weaker party in International Trade Relations*, al 2.º Congreso de Derecho Privado de UNIDROIT, en *New Directions in International Trade Law*, N. Y., 1977, páginas 155 y sig. y 177 y sig.; WOOLDRIDGE, *Inequality of Bargaining Power in contract*, J. of Buss. (oct. 1977), págs. 312 y siguientes.

(248) Sobre ello puede verse lo dicho en la parte VI de este trabajo.

(249) No parece ser del caso aplicar la regla «inclusio unius exclusius alterius», ni de considerar tales leyes como excepciones o anómalas, pues ellas se basan en el principio general de no colaborar con una conducta reprochable, como la de los pactos leoninos.

viduales (250), o porque el contratante perjudicado no sea económicamente la parte débil (251) o no sea un consumidor (252); notas todas ellas de carácter accidental o de política del momento.

La doctrina (la de los autores y la de los jueces) ha buscado encontrar una base dogmática en la que asentar esa nueva dirección, que considera nulas las cláusulas de los contratos de carácter leonino (253). Lo que se hace sea apoyándose en conceptos ya recibidos por todos, en el orden público y en las buenas costumbres; sea atendiendo abierta o disimuladamente a la propia naturaleza de las relaciones contractuales.

Las figuras conexas de orden público y buenas costumbres, por su contenido indefinido y variable, serán útil cobertura y vehículo para las nuevas ideas que se van imponiendo con el nuevo ambiente social y jurídico. Se habla así por ello de un «nuevo orden público» (254); se piensa que al lado del principio de la libertad de los convenios, ese nuevo orden público será el que hace que se vaya negando validez a las cláusulas de exención de responsabilidad (255).

(250) La citada (en nota 246) «AGB Gesetz» separa de su regulación los «individuelle Vertragsabreden» (§ 4), mas ello no puede significar que tales pactos individuales sean válidos cuando contraríen a la regla general del § 9 de la ley, estén incurso o no lo estén en las causas de nulidad especiales establecidas en los §§ siguientes. Tanto más cuanto el § 138 del B.G.B. establece un principio tan general, que pudiera entenderse que cubre la mayoría de los supuestos. Comp. lo señalado en nota 259.

(251) En un contrato de una casa de limpieza de alfombras, ésta establecía un cláusula, señalando que recibía las alfombras quedando todo el riesgo a cargo del propietario, y recomendando a éste que se asegure de ello; se trataba de una alfombra china valorada en más de 900 libras; la casa de limpiezas alega haberse perdido la alfombra y se niega a indemnizar (se trataba de un contrato de adhesión, con las condiciones escritas en letra pequeña). El Juez DENNING estima la ineficacia de tales cláusulas, dada la «inequality of bargaining power», entre otras razones» (Levison and another v. Patent Steam Carpet Cleaning Co., 1977, citado por WOOLRIDGE, loc. cit., págs. 317-318). En esta situación de desigualdad se encuentra el cliente, sea o no acaudalado, frente a la empresa de la que ha de aceptar sus condiciones —que no tiene tiempo de considerar— y que son los corrientes en el ramo, si quiere conseguir los servicios.

(252) Así, en los casos que el contratante perjudicado no tiene la condición de consumidor, por ejemplo, contrato entre fábrica de ventas al por mayor y tendero al por menor, entre agricultor e industrial que elabora los productos para su venta al público.

(253) Nulidad de la cláusula, condición o pacto y no del contrato. Sobre la nulidad parcial, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 491 y siguientes; GORDILLO, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, en este ANUARIO, XXVIII-I (enero-marzo), págs. 101 y sig. La total nulidad del contrato se daría en cambio en el supuesto de causa ilícita.

(254) Vide nota 228.

(255) MUZNAGHI, *Le declin des clauses d'exoneration de responsabilité sous l'influence de l'ordre publique nouveau*, París, 1981, págs. 70 y sig., 155 y sig. Ha de advertirse que en el Prefacio a esta obra, el Profesor BONASSIES señala que después de las leyes de 19 de enero de 1978 y del decreto de 24 de marzo 1978, la jurisprudencia francesa tiende, en ciertas circunstancias al menos, a estimar válidas las cláusulas de exención de responsabilidad cuando se trata de contratos de compraventa entre profesionales y no entre profesional y consumidor.

Sobre las buenas costumbres se ha podido señalar con cierta extrañeza que mientras se constata una progresiva desatención respecto de la moral sexual y de la ordenación de la familia, se atiende más a la «ética inmanente» en la ordenación social y económica; considerándose indicio suficiente de ser un contrato contra las buenas costumbres, el de la ruptura de la equivalencia entre las respectivas prestaciones de los contratantes (256). También se ha pensado en la doctrina alemana, que el § 138 de su Código civil, en sus dos párrafos (257), ofrece buen apoyo para la protección de la parte más débil en un contrato, y que el amplio concepto de usura que contiene (258) podría ampliarse a los casos de explotación del deudor («Schuldnerausbeutung») y a los de negocios análogos a la usura («Wucherähnlichen Geschäften») (259).

5. Las normas dispositivas.

Los datos citados no deben engañarnos, no suponen un cambio definitivo o completo sobre la concepción de la autonomía de la voluntad. El movimiento de la nueva «lex mercatoria» sigue teniendo su fuerza y salvo alguna excepción domina todavía en el campo de la unificación del derecho y del tráfico internacional (260). Junto a consideraciones sobre el interés de los Estados en la prosperidad económica (la

(256) MAYER-MALY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, *Allgemeiner Teil*, München, 1978, págs. 831, 839, 847, Comp. también, KÖRZ, loc. cit., págs. 1447-8, 1643; ANSÓN, loc. cit., sobre el criterio de lo razonable, págs. 193 y siguientes.

(257) § 138 (1). Es nulo el negocio jurídico contrario a las buenas costumbres, (2) En especial es nulo el negocio jurídico por el que alguien explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se hace prometer o conceder para sí o para un tercero, ventajas patrimoniales, por una prestación (suya), que de tal modo exceda al valor de esta prestación, que dadas las circunstancias, aquellas ventajas patrimoniales están en una desproporción manifiesta.

(258) Ha de recordarse que antes también en Alemania se entendía que la usura consistía en la exigencia de un interés no permitido del dinero; y que será después, la Ley de 19 de junio 1893, la que considera delitos otros casos de explotación de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia para estipular desproporcionadas ventajas; concepto éste que pasará al Código civil, en el citado § 138, 1.

(259) DILCHER, en *J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12 ed., Berlín, 1980, §§ 20 y 42. Importa señalar que nos dice que la «A.G.B. Gesetz» (vide nota 246) no impide que se aplique el § 180, aunque se trate de condiciones generales no condenadas por dicha ley (por ejemplo: contratos entre comerciantes), § 23. Comp. nota 250 (comp. también, el parecer en contra de MAYER-MALY, loc. cit., pág. 829). KÖRZ lamenta no hayan tenido éxito los proyectos que tratan de establecer reglas imperativas, que sean preferentes no sólo a las condiciones generales, sino también respecto de los convenios individuales, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, AGBG., Einleitung, 6, pág. 1395, nota 11.

(260) Sobre ello, lo ya dicho en las *Leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de ley uniforme sobre la venta*, en este ANUARIO, XI-IV (octubre-diciembre 1958), págs. 1015-1020; *El arbitraje y la nueva Lex mercatoria*, en este ANUARIO, 1979, págs. 668-173.

de las empresas) sigue pesando mucho el valor atribuido a la vieja clasificación de las normas sobre los negocios jurídicos en imperativas, prohibitivas y dispositivas. La regla fundamental sobre la autonomía de la voluntad dice: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público» (art. 1.255 Código civil). Estas leyes limitativas del arbitrio de las partes son las imperativas y las prohibitivas, que se refieren sólo a la esfera de la perfección del contrato o a sus requisitos, y en su caso, a las excepcionales que sancionan con la nulidad su infracción. Las demás leyes tendrían carácter dispositivo y se explica el que ellas sean recogidas en los Códigos, por ser las reglas habitualmente seguidas en la práctica de los negocios y que, por ello, se puede presumir que, en caso de silencio de los contratantes, serían también queridas por éstos. No tendrían otro valor que el de meras reglas supletorias, y quedaría al libre e ilimitado arbitrio de los mismos contratantes regular cuál haya de ser el contenido de los contratos.

La consideración crítica del recordado prejuicio doctrinal sobre el significado de las llamadas normas dispositivas ha sido causa muy importante para la nueva o mejor dicho renacida visión de la autonomía de la voluntad. Tal postura se encuentra ya en los juristas que hubieron de enfrentarse con la pretensión de eliminar toda norma imperativa de la regulación del contenido de los contratos, en el Proyecto de una Ley uniforme sobre la venta internacional de bienes muebles corporales y también entre los que tratan de las condiciones generales de los contratos (261).

La dicha manera de entender la autonomía de la voluntad se centra en dos consideraciones complementarias entre sí (262). La de que las llamadas normas dispositivas no son todas de la misma naturaleza, hay unas que son meramente supletorias, otras que son siempre imperativas y algunas cuya naturaleza depende de las circunstancias del contrato (263). A las que hay que añadir la de que el tipo de cada contrato reconocido por la Ley no es un mero nombre, sino que corresponde al conjunto organizado de los derechos y obligaciones que forman su contenido (264).

(261) Sobre ello, con detalle, en los trabajos citados en la nota anterior. *Las leyes nacionales...*, especialmente pág. 1015, nota 36, págs. 1017 y nota 45, págs. 1019 y notas 49 y 50, *El arbitraje*, págs. 671-673, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ed. Madrid, 1975, págs. 79-86.

(262) Amén de la antes repetidamente señalada, la de que la eficacia jurídica de los contratos tiene un doble fundamento: la voluntad de las partes declarantes (libre, ilustrada) y la intervención de las autoridades públicas (en especial la de la Administración de Justicia), que imponen su cumplimiento; por lo que hay que contar con el control de éstas, que no ha de amparar o imponer algo que resulte claramente abusivo, injusto o leonino.

(263) Pueden verse los ejemplos mencionados en *Las condiciones generales de los contratos*, antes citada, pág. 81.

(264) Caso típico es el de la venta «nummus unus». Como venta se le

Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato (264 bis).

Estas consideraciones, un tiempo tenidas por insostenibles y heterodoxas (265), parecen irse aceptando por la opinión común, aunque con variadas fórmulas y base doctrinal. Se nos dice, en forma más o menos dubitativa, que no hay razones para no entender, como de orden público, las normas dispositivas que cumplen la función de realizar los principios latentes en el ordenamiento positivo (266). En los Derechos

ha aplicado la regulación legal de ésta, derechos del comprador, obligaciones del vendedor, efectos respecto a terceros; lo que se justifica diciendo que ello es lo querido por las partes. La consideración realista del caso, señala que el querer o el nombrar no hace la cosa y que la venta por un dólar de un rascacielos no es venta, y el dólar no tiene aquí papel de precio.

(264 bis) No se ocultará la relación entre lo expuesto y la doctrina de la causa. En algún supuesto, como el de la venta «nummus unuo» hay carencia de causa, no hay venta; en otros, como en el de la cláusula de exoneración de responsabilidad del vendedor por incumplimiento, el comprador podrá oponer al vendedor la nulidad de tales cláusulas. Las cláusulas anómalas pueden justificarse, por ejemplo, cuando, en compensación de una exoneración se ofrecen a la otra parte adecuadas ventajas.

(265) Siempre habrá quien alegue, en contra de lo dicho antes en el texto, la opinión del comercio y las exigencias de la economía. Se ciernen, además, la grave duda de la compatibilidad de tal dirección con la seguridad jurídica, esencial para el tráfico mercantil.

Conviene advertir que la antes señalada concepción de la autonomía de la voluntad no es la recogida en el código civil italiano de 1942, sobre que el requisito positivo de cada negocio atípico ha de ser «merecedor» de la protección jurídica (comp. art. 1.322, par. 2); parte del criterio de la libertad de los contratantes para establecer el contenido de los contratos, aunque limitado según la naturaleza de cada negocio; limitación que funcionará de modo negativo, permitiendo al contratante oponer el carácter abusivo o leonino de una cláusula.

(266) Comp., por ejemplo, PANSA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, págs. 249 y sig.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale, Commentario del Codice Civile* (Dirigido por Scialoja, Branca, IV (arts. 1.321-1.352)), Bologna, Roma, 1970, págs. 328-329; FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, pág. 47; BARCELONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, pág. 126; estos dos últimos citados estudios, en *Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Instituto di diritto privato dell'Università di Catania*, Milano, 1970 (Con-

norteamericano e inglés se utilizan criterios semejantes para censurar las cláusulas de aquellos contratos que se apartan del modelo legal, considerándose nulas las cláusulas (nulidad parcial del contrato) cuando alguna de ellas merece el calificativo de «unconscionable» o bien no satisface «the requirements of reasonableness» (267).

6. *La naturaleza de cada contrato.*

Otra parte de la doctrina atiende más directamente a la naturaleza del contrato (268) o de cada tipo de contrato. La cláusula limitativa que libera de «obligaciones esenciales del contrato» a un contratante se considera contra «la naturaleza de las cosas» (269); así, en el caso de que una parte haya de sufrir todas las cargas, no habrá compra ni arrendamiento, aunque así se les haya denominado (270).

También se ha tenido en cuenta la normal reciprocidad de intereses, según la clase de contrato; habiéndose entendido que en aquellos contratos, en los que se haya roto la debida equivalencia de las prestaciones, hay ya indicios de ser contrarios a las buenas costumbres (271). Lo que de modo más expresivo se manifiesta en la doctrina británica,

dicioni generali di contratto e tutela del contraente debole, LIPARI, *Derecho Privado* (Traducción por colegiales del real Colegio Mayor Albornociano de Bolonia), Bolonia, 1980, pág. 326.

(267) Términos usados respectivamente en «Uniform Commercial Code» (1962) y por el «Unfair Contract Terms Act» (1977); no se han traducido estos últimos términos por la dificultad de reflejar su amplio sentido castellano, con las palabras «odiosa» e «irrazonable». ALPA, *Contratto di massa, clausula di garantia e informazione dei consumatori*, pág. 205, y *Controllo legislativo e controllo giudiciale dei contratti standard. Il modello de Unfair Contract Terms Act*, págs. 229-243; textos de la ley inglesa y de su traducción italiana, págs. 245-325, ambos trabajos en *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, Milano, 1979; WOOLDRIDGE, *Inequality of Bargaining Power in contract. J. of Buss* (oct. 1977), pág. 312; BEHRENS, *Internationale Gerichtsstandvereinbarungen. Die «reasonableness» Doctrin in amerikanische-deutschen Vergleich*, *Rabels Z* 38 (1974), H. 2-3, páginas 590-613; BERLIOZ, *Le contrat d'adhesion*, París, 1979, págs. 67 y siguientes; refiere que en Estados Unidos corre el dicho de que «cláusula odiosa es aquella que ningún hombre de buen sentido y en sus cabales la aceptaría y que ningún hombre justo y honrado la propondría a otro», página 115.

(268) Muchas cláusulas de exención de responsabilidad, suponen dejar el arbitrio de una parte al cumplimiento de una obligación esencial de contrato, y así caen en el supuesto del artículo 1.256 del Código civil.

(269) BERLIOZ, loc. cit., con citas de la jurisprudencia francesa, páginas 18 y siguientes.

(270) ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Teilband, 1*, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, con cuidado examen de la función de las reglas dispositivas, págs. 87 y siguientes.

(271) MAYER-MALI, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, München, 1978, § 82, pág. 847; DILCHER, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12 ed., Berlín, 1980, § 42. En el Código civil revisado húngaro, se atiende al «beneficio unilateral injustificado» (art. 209), cita de EORSI. *Le condizioni generali nell'esperienza ungerese en Le condizioni di contratto a cura di C. Massimo Bianca*, Milano, 1979, págs. 250-252.

diciéndose que en semejantes casos no será válida una cláusula de exención de responsabilidad, en cuanto ella afecte a la razón o al corazón del contrato (272).

Las referidas tendencias innovadoras, cada una en su momento, manifiestan o anuncian el declinar de los principios «liberales» sobre la «pureza de la autonomía de la voluntad en los contratos». A ellas ha de agregarse el movimiento de la protección de los consumidores que las potencia al grado máximo. Ha significado una inversión de valores, con el abandono de la misma base de la idea liberal de la autonomía (273) y, así, especialmente, venir a favorecer al contratante «débil». Mas también, con ello, se deja un tanto de lado la cuestión fundamental, la de que si existen limitaciones inmanentes a la autonomía de la voluntad.

No debiera olvidarse que en la regulación de la autonomía de la voluntad, juegan dos opuestos polos de atracción. El del respeto a la palabra dada y el de la justicia conmutativa. El de la libertad para obligarse y el del control estatal para decidir si debe cooperar con lo querido o declarado por los contratantes. En cada momento de la Historia, la balanza se puede inclinar hacia el uno o hacia al otro polo. Podrá así advertirse que las tendencias consideradas hoy innovadoras han existido siempre de modo abierto o latente conforme a la propia condición del Derecho, aunque las fuerzas del liberalismo económico y la moda del positivismo jurídico hayan ocultado el aspecto ético de la contratación.

No parece sea necesario insistir sobre el valor reconocido antes de la codificación a la relación entre la moral y la contratación; son bien conocidas las cuestiones que ella originara respecto a la regulación de la compraventa (274) y del préstamo (275). Lo son menos o no lo son

(272) Hoy se dice que hay «breach of a fundamental term» cuando la cláusula contradija a la raíz o al corazón del contrato («root of the contract» o «core of the contract»). *Anson's laws of contracts*, por GUEST, Oxford, 1979, págs. 163 y sig. WOOLRIDGE recoge una serie de interesantes casos del Juez Denning, en los que aplica o formula la doctrina de la «fundamental breach» que afecta a la «root» o al «core» del contrato. *Inequality of Bargaining Power in Contract*, J. of Bus (oct. 1977), págs. 314 y sig.

(273) La de la idea darwiniana del «struggle for life»; se traduce al campo social por la que el «laissez faire», lleva a la supervivencia de los más fuertes y mejor dotados, favoreciendo con ello el progreso social. También coincide con la de la separación radical entre lo jurídico y lo ético; propia del positivismo jurídico.

(274) La doctrina del Derecho común hubo de enfrentarse con la realista y escandalosa frase de Pomponio, recogida por Ulpiano (D. 4.4.16, § 4); la glosa la interpreta refiriéndola al «dolus bonus»; los moralistas alumbra la teoría del 'precio justo', aunque haciéndola flexible con la reflexión de que el precio «non est puntualiter determinatum»; la lesión «ultra dimidium» se compagina con la idea fundamental de que «aequalitas est fundamentum iustitiae».

(275) La Ley Ascárate (23 julio 1908) atiende a las siguientes notas del préstamo, para calificarlo de usuario: que se haya celebrado en condiciones tales que resulte leonino, que se estipule un interés anormal, desproporción con las circunstancias del caso, condición de debilidad del prestatario (situación angustiosa, inexperiencia). Notas que también hubieran podido implicar tacha de nulidad para los contratos o cláusulas de cualquier

las nacidas sobre la validez de las cláusulas sobre exención de responsabilidad por hecho propio. El recuerdo de una de ellas, suscitada respecto de un supuesto típico podrá servir para conocer mejor el estado de la doctrina antes de la Codificación.

Según el derecho común era válido el pacto por el que el arrendatario se obliga a pagar la renta pactada, aunque los frutos se pierdan por caso fortuito (276). Regla que origina estas cuestiones: ¿Sería válida una cláusula, conforme a la que el arrendatario se obligue a dicho pago, aunque la pérdida de los frutos resulte de un hecho o de una falta del arrendador? ¿Por el contrario, no obstante dicho pacto, el arrendatario podría negarse al pago de la renta, exigir que se rebaje proporcionalmente ésta, reclamar además que se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos?

Las dichas preguntas se plantearon repetidamente, en España respecto a la aplicación de las Condiciones Generales para el arrendamiento del tributo de la Gabela, dado que en ellas se establecía que el arrendatario no podía pedir remisión de la renta por ninguna causa que le impidiera su cobro (por ejemplo, pérdida de frutos) ni por guerra que el Rey promoviera, ni por embargos realizados a su servicio (N.R. 9,2,2). Castillo de Sotomayor nos refiere detalladamente el estado de la cuestión en su tiempo, con abundantes citas de autoridades. A favor de la eficacia del pacto se alegan los siguientes argumentos: que el dicho pacto tiene en su abono no sólo su origen en la ley y su antiguo uso, sino también en justicia, pues el arrendatario se obligó voluntariamente y espontáneamente, siendo libre de tomar o no tomar el arrendamiento, y por tanto, el poder reclamar la remisión de la renta, en cualquier caso, sería engañar al Fisco (277). En contra de su validez, señala que si bien está permitido el quitar y cambiar por pacto los «naturalia, accidentalia» o, como también se dice «admicula et qualitates» del contrato, no vale ni tiene eficacia el pacto que sea contra «substantialia vel naturalia intrinseca» del contrato. La renuncia a pedir la remisión de la renta en caso de privación del uso de cosa, por hecho o impedimento del arrendador, carecería de valor, aunque se confirmen con juramento, por ser ella inicua y también sería contra la sustancia del arrendamiento el tener que pagar la renta, cuando se impide usar la cosa por hecho o culpa del arrendador. No sería aceptable que la eficacia del contrato dependiese así de la voluntad de un contratante, ni el que quedara a su arbitrio cumplir o no cumplir por su parte lo convenido. Incluso en el caso de que el arrendador fuera el Príncipe, debería ser lo mismo y por las mismas razones (278).

otra clase, por contrarios a la moral (art. 1.255 C. c.). También el mismo artículo 1.º de la referida Ley dice que será nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población; la que así se presume impuesta y leonina.

(276) Así, en P. 5,8,23, recogida ésta en artículo 1.575 del Código civil.

(277) Cita en este sentido a LASSARTE, «Decima venditionis et permutationis quae Alcabala nuncupatur». Compluti, 1589, cap. 18, §§ 81 y 83, fol. 197.

(278) CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum juris*. III, cap. III, §§ 58-76. *Opera Omnia*. Coloniae Allobrogum, 1753, III, págs. 53-55. A las condiciones generales se las consideraban como «verdaderas leyes».

6. La doctrina española.

Después, modernamente, la doctrina española parece que olvida la cuestión de la validez del pacto contrario a la naturaleza del contrato que lo contiene, posiblemente al no recoger la Novísima Recopilación las antes citadas Condiciones Generales (279).

Tampoco tuvieron presente el problema, los redactores del Código civil. Es cierto que el texto adoptado ofrece la particularidad de haber sustituido la referencia clásica a las buenas costumbres por la de la moral (280), pero lo probable es que no se piense entonces como contrario a la moral el pacto leonino, sino que de acuerdo al criterio de la época se tuviera en cuenta con ello lo contrario a la moral sexual y la organización de la familia.

La moderna doctrina española no ha sido ajena al movimiento general ya observado de condena de las cláusulas de contenido leonino o abusivo. Autorizadamente, se dictamina la nulidad de unas cláusulas, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, la justicia conmutativa, la debida protección a la parte débil (281). Abandonando así el criterio estrecho de interpretar el artículo 1.255 del Código civil.

De mayor alcance doctrinal, por su carácter más preciso y técnico, ha sido el abandono de la antigua manera de entender el alcance de las normas dispositivas. Ahora se nos enseña que lo dispuesto sobre exclusión voluntaria de la Ley aplicable (art. 6.º, 2, del C. c.) deja intacta la cuestión de si las normas deben entenderse como dispositivas o como imperativas; es pregunta que habrá de ser resuelta en cada caso, en virtud del expreso mandato contenido en cada norma o por aplicación de las reglas generales de interpretación (282).

AZEVEDO, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae, Salmanticae*, 1598, VI, fol. 8 (a N.R. 9,9,1).

(279) Quedaba viva la discusión sobre la validez de la renuncia a las leyes, sobre ello, lo citado en *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ed., 1975, págs. 63-86.

(280) Me refiero a los artículos 1.255 y 1.275. El primero especialmente calificado de «nuevo», PEÑA, *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, artículo 1.263, Madrid, 1965, pág. 396; el segundo, se aparta del Proyecto de 1851 (art. 998, par. 2) y de los antecedentes de este, P. 5,11,38 y Códigos citados por GARCÍA GOYENA, III, pág. 33.

(281) Con referencia también a los principios generales y a la doctrina de la causa; en el ejemplar dictamen de DE DIEGO sobre la validez de las cláusulas de la cuenta corriente de efectos, utilizadas, por algunos Bancos de Barcelona, emitido a solicitud del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa, *Dictámenes jurídicos II, Obligaciones y contratos*, dictamen 35, Barcelona, 1958, págs. 609, 615, 621, 632, 641 en especial, y todo en general.

(282) DÍEZ PICAZO, GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 1975, pág. 215. En el mismo sentido, AMORÓS nos dice: «que no existe en nuestro Derecho una presunción legal del carácter dispositivo de las normas y en principio, lo contrario: el reconocimiento *prima facie* de su valor imperativo inderogable», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1977, páginas 303-304 y pág. 330.

En general, sobre el significado de las llamadas normas dispositivas, lo ya dicho en notas 260-265; opinión considerada heterodoxa al tiempo de ser expuesta, notas 260 y 261.

En fin, habrá de señalarse que la doctrina jurisprudencial no ha sentido empacho en declarar nulas ciertas cláusulas leoninas de exoneración de responsabilidad y pactos abusivos. No obstante su carácter casuístico, manifiesta abiertamente el criterio de que el juez podrá buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes (283).

Después de hecha la anterior enfadosa y larga —aunque incompleta relación de datos, tomados de aquí y de allá— parece claro que existe una tendencia general a dejar de lado la idea de la autonomía como ámbito del arbitrio de la voluntad pura y sin límites. Todavía, para completar lo dicho, son debidas algunas precisiones. Ante todo, que de lo expuesto no se infiere, ni cabe deducir una devaluación del principio de autonomía de la voluntad; su valor sigue siendo indiscutible, como unido íntimamente al respeto debido de la libertad de la persona (234), y consecuentemente tampoco debería hablarse de una decadencia o muerte del contrato (285). Ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos prejuicios, del propio individualismo exaltado que inspiró al liberalismo del siglo XIX (286) y del más reciente del neoliberalismo que abandera la nueva «lex mercatoria». El vacío así producido ha permitido advertir que la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común (287).

Esto parece evidente, en cuanto desaparecen los prejuicios originados por la concepción liberal del contrato. Los pactos leoninos son necesariamente nulos. Conclusión que impone el artículo 1.255 del Código civil, adecuadamente interpretado. Las leyes a las que se refiere no son tan sólo las expresas o claramente imperativas, sino también las llamadas dispositivas, en cuanto éstas establecen la regulación normal de

(283) Citas de sentencias en «*Las condiciones generales*», notas 155-163.

(284) Sobre todo esto puede verse *El negocio jurídico*, antes citado, sobre el juego de la autonomía y la aporía de la autonomía privada, páginas 13 y sig., 17 y sig.

(285) Sobre el libro de Gilmore, «*The Death of contract*» (Columbiana, 1974), BESSONE ha podido señalar que donde los seguidores de la antigua concepción del contrato (la de los empresarios y comerciantes) se lamentan de la muerte del contrato, la doctrina más evolucionada verá «la continuada vitalidad del derecho de los contratos», *Analisi economico del diritto e metodi degli studi di teoria del contratto*, R.D.Comm. LXXVII (en-feb. 1979) pág. 73 y, todo en general. SANTORO PASSARELLI recuerda que el contrato, pilar del ordenamiento jurídico, es expresión esencial de la libertad de la iniciativa económica privada, constitucionalmente garantizada, *Il Codice Civile e il mantenimento dei valori essenziali*, en *Temi della cultura giuridica contemporanea*, Padova, 1981, pág. 139.

(286) Palabras de DE DIEGO en *Dictámenes*, antes citado, pág. 629.

(287) Incluso en los Derechos con fórmulas más exaltadoras de la autonomía. En Aragón, el principio «*standum est chartre*» se entiende subordinado a lo que dicta el derecho natural (citas de la antigua doctrina en *El arbitraje*, loc. cit., págs. 681, nota 217) ahora en el artículo 3.º Comp. En Navarra su principio «*paramiento fuero vienze*» (ley 7.º Fuero Nuevo) se limita diciendo que la voluntad expresada no ha de ser contraria a la moral o al orden público.

las relaciones contractuales y cuyo abandono a favor de uno de los contratantes requiere por ello, en cada caso, su especial justificación. La moral impone el calificativo de inmoral al pacto leonino. Interpretación del artículo 1.255 que concuerda con el movimiento manifestado en las leyes, que van cambiando el sistema jurídico en la mayor parte de los países; así las que se anuncian en España, sobre condiciones generales de los contratos, defensa de la parte más débil y de protección del consumidor. Ellas habrán de servir de orientación, en cuanto ponen ejemplos de pactos condenables por abusivos o leoninos (288).

VI. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

1. Origen y alcance del movimiento de protección al consumidor.

El llamado Derecho del consumidor y también de la protección o defensa del consumidor, son términos referidos a algo muy nuevo en el campo del Derecho. Su moderna acogida general y entusiasta ha hecho dudar sobre su fundamento y arraigo y decir que se trata de una «nueva moda jurídica». Mas parece debido advertir aquí y desde un principio, que no se está ante unas tendencias pasajeras, sin raíces, como son las de las modas. Antes bien, ha de admitirse que en Dere-

(288) A ello puede conducir también el llamado principio de la interpretación de las leyes, de todo el ordenamiento jurídico, conforme a la Constitución de 1978 (sobre ello, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, en este ANUARIO, XXXII-II-III (abril-septiembre 1979), páginas 327-333. Lo que supondría que el artículo 1.255 deberá ser interpretado inspirándose en los principios constitucionales. Así, al menos, han procedido algunos autores extranjeros, respecto al principio de la autonomía de la voluntad, utilizando lo dicho en las Constituciones de Italia y de Alemania Federal.

El principio de la autonomía de la voluntad puede entenderse reconocido al decir la Constitución que son fundamento del orden político y de la paz social: «el libre desarrollo de la personalidad» (art. 11,3) y que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38). También cabe entenderse que reconocen límites intrínsecos a la autonomía, cuando se establece que a los poderes públicos corresponde promover las condiciones para que la igualdad del individuo «sean reales y efectivas» (art. 9.º) y que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51).

En todo caso, apoyarse en textos de la Constitución, para interpretar un precepto concreto del Código civil, sería caminar sobre tierra movediza. La generalidad e inconcreción de sus artículos, nacidos de diferentes y hasta de contradictorias aspiraciones políticas, no facilitan la interpretación, sino que más bien son causa de confusiones. En la Constitución, nos encontramos una disposición en la que se ordena que «la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos estén informados por los principios reconocidos por la Constitución; pero no se refiere a todos los principios constitucionales, sino tan sólo a los reconocidos en el capítulo 3.º; y todavía se estrecha más la función informadora del texto constitucional, al terminar diciendo que aquellos principios rectores de la política social y económica, «Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan» (art. 53,3).

cho Privado ha sido un movimiento renovador del Derecho, o mejor dicho de un retorno al atender la naturaleza propia, tradicional, del contrato, desconocida por la concepción liberal, prevalente hasta ahora.

Se trata sin dudas, eso sí, de algo nuevo en el campo del Derecho moderno. Se ha podido observar, en contra de su novedad, que en los Códigos civiles se encuentran reglas de protección, teniendo en cuenta la condición débil de ciertas personas (menores, mujeres, incapacitados) o que están en ciertas situaciones de inferioridad (error, ignorancia, dolo, violencia). Mas la novedad reside en que lo que se tiene en cuenta es la condición de consumidor, de cualquier consumidor, como parte presumiblemente débil en los contratos, dada la prepotencia actual de los empresarios.

Suele hasta techarse el nacer del movimiento; en el día 19 de marzo de 1962, en el que se diera a conocer el Mensaje Especial del Presidente John F. Kennedy al Congreso, sobre Protección de los Intereses de los Consumidores. Con brillante pathos retórico, se muestra que la defensa del consumidor es algo que atañe, personal, directamente, a cada uno de nosotros, y que a la vez importa a la misma comunidad nacional (289). Referencia al inicio del movimiento, que si bien no sea exacta históricamente (290), se explica o justifica, además de por el valor persuasivo y lo detallado del Mensaje por el significado ejemplar de los Estados Unidos en el mundo del capitalismo. La Sociedad Norteamericana, superindustrializada, será terreno bien abonado para la expansión del movimiento. La urgencia vital de las empresas de fomentar el consumo en continuado crecimiento, la publicidad a su servicio, la predicada agresividad de las prácticas comerciales, junto a la masificación y lo apresurado del vivir moderno, hacen del consumidor presa inerme de los medios de propaganda, de los formularios y cláusulas de exoneración de responsabilidad de las empresas y de mil fraudes. Situación escandalosa del mercado, que clama por su remedio. Ello hubo de ser atendido no sólo en la doctrina, sino también en los programas políticos. Más que por su intrínseca justicia, como hábil señuelo utilizable en las campañas electorales. Se ofrece protección a cada uno de los votantes, en cuanto consumidor y no se ame-

(289) Comienza diciendo el término «consumidores, por definición, nos incluye a todos», los dos tercios de lo que se gasta en la economía lo es por los consumidores, único grupo social no organizado. «Si a los consumidores se les ofrecen productos inferiores, si los precios son exorbitantes, si las medicinas son peligrosas o ineficaces, si el consumidor no tiene posibilidad de elegir en base a una adecuada información, entonces se despilfarra su dólar y su salud y su seguridad quedan amenazadas y sufre el interés nacional». Se enumeran con detalle y extensamente los derechos del consumidor, los medios con los que se pueden fortalecer los programas existentes y en detalle todo lo requerido para una protección efectiva de sus intereses. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumers Interest*, recogido por V. HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1979, págs. 225-234.

(290) Pudiendo citarse a este efecto, como anteriores, la Asociación de Consumidores en Alemania Federal en 1960 y en Gran Bretaña los trabajos de la Comisión para mayor protección de los consumidores (desde 1959).

naza a ningún grupo empresarial, dado lo inconcreto de las promesas y lo poco efectivo de las medidas primeramente programadas (291).

El hecho es que el movimiento se extiende como el fuego en un reguero de pólvora (291 bis). Se crean asociaciones, se escriben artículos y libros, se editan revistas y se dictan disposiciones legales para la protección de los consumidores. Pueden citarse especialmente como ejemplo las leyes promulgadas en Gran Bretaña (292), Japón (293), Alemania Federal (294), Méjico (295), Venezuela (296), Francia (297) y Austria (298), en las que su título y finalidad muestran claramente su propósito amparar al consumidor frente abusos de empresas o de profesionales (299). Disposiciones a las que se pudieran añadir las ya

(291) La reacción contra dicho movimiento se produce, cuando se proponen medidas que suponen un peligro inmediato para los empresarios. En los Estados Unidos, después de Kennedy, los presidentes Johnson, Nixon y Ford hacen, sin oposición, elocuentes declaraciones en favor de los consumidores; pero cuando el presidente Carter trata de crear una «Agency for Consumer Advocacy», fracasará su propuesta, por la oposición del «lobby» de los empresarios.

(291 bis) Cuidada bibliografía sobre su repercusión en la doctrina y las leyes, POLO (Eduardo), *La protección del consumidor en el Derecho privado*, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, Madrid, 1981, pág. 817 y siguientes.

(292) En base de los trabajos preparatorios de la Comisión oficial para la protección de los consumidores, presidida por Malony, y el «Final report of the Comity on Consumer Protection de 1962», se decretan «Fair Trading Act» de 1973 y «Unfair Trading Act» 1977, texto de esta Ley en inglés y traducción al italiano en ALPA, *Controllo legislativo e controllo giudiziale dei contratti standard. II modello del «Unfair Trading Act» 1977*, en *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, Milano, 1979, páginas 295-325.

(293) Ley de Bases de 30 de mayo 1968 sobre Protección de Consumidores; texto traducido al alemán, en VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1979, páginas 253-258. También puede señalarse la Ley 17 de julio 1971, sobre Protección del Consumidor, de Quebec, citada por JACOBY, en *Travaux*, de la Association-Henri Capitant citados, XXIV, pág. 71.

(294) La ley alemana sobre las Condiciones generales de los negocios jurídicos de 1976 (en vigor desde 1 de abril 1977) nace de los estudios y proyectos del grupo de trabajo para la mejora de la protección del consumidor último, frente a las condiciones generales de los contratos. Sobre otras medidas para la protección del consumidor, VON HIPPEL, loc. cit., págs. 239 y siguientes.

(295) Ley Federal sobre la Protección del Consumidor, de 18 de diciembre 1978.

(296) Ley para la Protección del Consumidor, de 5 de diciembre 1974.

(297) La Ley sobre la Protección e Información del Consumidor, 10 enero 1978.

(298) Ley Federal de 8 marzo 1979, con las disposiciones para protección del consumidor («Konsumentenschutzgesetz», citado como K.Sch.G.).

(299) En los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia) la protección del consumidor se centra en la figura del «Ombudsman» del consumidor; además de existir leyes de ventas a los consumidores en Suecia, Finlandia y Noruega (aunque no en Dinamarca), LANDO, *Le clause contrattuali injusti nel diritto dei paesi nordici*, en *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C. Massimo Bianca, Milano, 1979, págs. 261-267; JORGENSEN, *Unreasonable conditions in Nordic Law*, J. of Buss. Law, 1975, págs. 323 y sig.; VANDERVELD, *Les moyens d'action des consommateurs en face des prac-*

antes mencionadas de protección respecto a los contratos de adhesión, cláusulas generales y contratos especialmente peligrosos o aptos para el fácil engaño del consumidor. Alcance general del movimiento, que recibe solemne confirmación en las repetidas declaraciones, resoluciones, recomendaciones del Consejo de Europa, de la Comunidad Europea y de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (300). En fin, logrará su máxima dignidad formal, al ser acogido en los textos constitucionales (301). La Constitución española de 1978 establece: Artículo 51, «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios. Fomentarán las organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales» (302).

El artículo 51 de la Constitución, es el último del capítulo tercero del título primero, es decir «De los principios rectores de la política social y económica», consagrado a mencionar los fines deseables de la actuación de los poderes públicos (303); como todo el capítulo, ofrece su propia vaguedad e inconcreción. Deja sin contestar las dos preguntas inevitables, para saber qué se dice en serio, cuando se habla de la protección del consumidor: ¿a qué materias se extiende la protección? ¿qué significado tiene el término de consumidor?

tiques commerciales abusives, Genève, 1979, otras citas en *El arbitraje*, cit., página 683, nota 227.

(300) Pueden verse las referencias a las mismas en *El Arbitraje*, citado, páginas 364-365, y en VON HIPPEL, *Der Schutz des Verbraucher von unlauteren allgemeinen Geschäftsbedingungen in den EG-Staaten*, *Rabels Z.* 41 (1977-2), págs. 235-280, y en *Verbraucherschutz*, citado, págs. 308-360.

(301) La Constitución portuguesa de 2 de abril 1976, en su artículo 81 dice que corresponde al Estado «proteger al consumidor, especialmente mediante el apoyo o la creación de cooperativas y asociaciones de consumidores», cita de POLO (Eduardo), *La protección del consumidor en el derecho privado*, Madrid, 1980, pág. 62, nota 37, i.f. En el Proyecto de la Comisión de Expertos para la preparación de una revisión total de la Constitución Federal de la Confederación suiza (1977, su artículo 33, dice: «Protección de los consumidores. La Ley protege los consumidores y limita la publicidad».

(302) Sobre antecedentes y elaboración del artículo 51, BERCOVITZ (Alberto), *La protección de los consumidores. La constitución española y el derecho mercantil. Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1978, páginas 12-16.

(303) El Defensor del Pueblo habrá de ser designado para la defensa de los derechos comprendidos en este título (art. 54 Const.), entre ellos habrán de estar los de la defensa de los consumidores y usuarios.

Conforme a la Ley Orgánica, 6 abril 1982, puede el Defensor supervisar la actividad de la Administración (art. 1.º), pudiendo dirigirse a él todo consumidor o usuario que invoque un interés legítimo (art. 10). Convendría que en el Reglamento se precisase esta facultad.

2. Contenido de la defensa del consumidor.

Respecto al ámbito al que se puede extender la protección, se distingue entre la protección indirecta y la protección directa. La protección indirecta alcanza todo el hacer de los poderes públicos y en especial a la ordenación del mercado interior, libertad de la competencia, regulación de monopolios, política de precios, regulación de importaciones, vigilancia de las sociedades multinacionales y tantas otras materias semejantes. Aspecto macroeconómico de la política de los Gobiernos, aunque de doble filo, porque también puede y suele utilizarse en protección de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, en defensa de la productividad, por exigencias de la economía en general, y, en su caso, de la planificación (art. 38 de la Const.); todo lo que naturalmente puede resultar en perjuicio de los consumidores.

La protección directa se concibe como realizada mediante la atribución de derechos concretos en favor del consumidor. Una declaración sobre el contenido de los derechos del consumidor se encuentra ya en el influyente mensaje del presidente Kennedy. En éste se dice que los derechos que el Gobierno ha de garantizar son:

1. El derecho a la seguridad; a ser protegido frente a la puesta en el mercado de mercancías peligrosas para la salud o la vida.

2. El derecho a ser informado; a ser protegido frente a información, anuncios, rotulación y otras prácticas fraudulentas, dolosas, engañosas, y a que se le ofrezcan los datos necesarios para estar informado de lo que se elige.

3. El derecho a elegir; el que se le asegure, en cuanto sea posible, que le sea asequible una variedad de productos a precios competitivos; y en aquellas industrias en que la competencia no es posible y se le ha sustituido por una regulación administrativa, que se le asegure una calidad satisfactoria y servicios a precios razonables.

4. El derecho a ser oído; asegurar que los intereses del consumidor recibirán una plena y favorable consideración en la planificación de la política del Gobierno y un trato rápido y favorable en los Tribunales Administrativos (304).

En el Consejo de Europa, la Asamblea Consultiva, sobre una Carta para la Protección de los Consumidores, de 17 de mayo de 1973, declara los siguientes derechos de los consumidores:

A. Derecho de los consumidores a la protección y asistencia.

a) Protección frente al daño físico ocasionado por productos peligrosos.

b) Protección frente al daño de los intereses económicos del consumidor.

B. Derecho a la reparación frente al daño.

C. Derecho del consumidor a la información.

D. Derecho del consumidor a ser instruido.

E. Derecho a ser representado y oído.

Bajo el apartado b) de la letra A, se dice que el consumidor *individual*, habrá de ser protegido, frente al abuso de poder del proveedor de géneros, servicios y en especial respecto a los contratos unilaterales por formularios, de la exclusión de derechos legales esenciales en los contratos, de la exigencia de pago por géneros no solicitados y de métodos de venta agresivos que no permitan al consumidor una consideración razonable de los términos de las ventas (305).

Estas enumeraciones orientadoras, han hecho pensar en la posibilidad y utilidad de estudiar conjuntamente todos los llamados derechos del consumidor, bajo el título de Protección del Consumidor o Derecho del consumo; lo que ha permitido decir «todo, hoy día, es derecho del consumidor» (305 bis) y hasta concluir que su estudio habría de ser considerado con la dignidad de un Derecho especial o de una particular rama del Derecho (306). Esta pretensión ha suscitado críticas más o menos duras, por lo heterogéneo de las materias en las que se tiene o puede tenerse en cuenta la protección del consumidor (307). Con ello, se viene a plantear la cuestión de elegir el sistema o la mejor manera de ordenar la materia y las cuestiones que ella suscita, para conocerla y regularla lo más adecuadamente posible. No parece sea condenable la tendencia de tratar conjuntamente todas las reglas que se refieran a la condición jurídica de las personas en una determinada si-

(305) En la Resolución del Consejo de 14 abril 1975, sobre un primer Programa de la Comunidad para una Política para la Protección e Instrucción de los Consumidores, se enumeran como sus derechos fundamentales: el derecho a su salud, el derecho a la indemnización de los daños sufridos, el derecho a la información e instrucción, el derecho a estar representado (derecho a ser oído).

(305 bis) POLO (Eduardo), *La protección del Consumidor en el Derecho Privado*, Madrid, 1980, enumera los siguientes derechos: derecho a la salud, a la seguridad, defensa respecto de la publicidad engañosa, exigir cantidad y cualidad pactada, información sobre los productos, servicios, contenido de los contratos y medios de protección, defensa, libertad de elección e igualdad de contratación, derecho a intervenir en la fijación del contenido de los contratos, de no someterse a cláusulas abusivas, reclamar judicialmente por incumplimiento o cumplimiento defectuoso, indemnización, asociarse para la protección de intereses, voz y voto en negociaciones cuyas decisiones les afecten, como usuarios de servicios públicos, como usuarios del medio ambiente, pág. 23.

(306) Así lo indica SCHRICKER en su reseña al libro de VON HIPPEL, *Verbraucherschutz* en *Rabels Z.* 41 (1977-2), págs. 402.

(307) BAUMAIN, *Droit de la consommation*, s.d. (1976), comienza su libro recordando los términos en que Bihl lo describe: «reglas dispares, de origen diverso, de textos específicos recientes y textos antiguos, forzados y torpes, de construcciones jurisprudenciales y de análisis doctrinales, refiriéndose en cada caso al Derecho civil, Derecho comercial y al Derecho penal», pág. 1. En semejante sentido, CORNU, *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*, en *Travaux de l'Association Henri Capitant, Protection du consommateur*, XXIV, París, 1975, págs. 132-134; POLO (Eduardo), dice dudar sobre la conveniencia metodológica de una disciplina que agrupe y ordene la protección del consumidor, *La protección del consumidor en el Derecho mercantil*, Madrid, 1980, pág. 23; BERLIOZ dice que el derecho del consumo no debe constituir «un conjunto heteróclito de leyes oportunistas de protección, que constituyen un peligroso dédalo de prohibiciones y reglamentación», *Le contrat d'adhésion*, 2.ª ed., París, 1976, pág. 202.

tuación social (308); mas tampoco habrá que desconocer las ventajas de estudiar las disposiciones que atañen al consumidor, dentro del sistema propio de las reglas de la misma naturaleza, conforme a las clasificaciones tradicionales (civil, mercantil, penal, administrativo, fiscal).

Se prefiera seguir uno u otro sistema, parece útil hacer una distinción de los llamados derechos del consumidor, en la lista que ofrece el Consejo de Europa. De un lado, se encuentran aquellos que se afirman como debidos por los poderes públicos a todo el pueblo, los que habrán de ser reconocidos y amparados por normas de Derecho público; son los más llamativos, necesarios y de mayor posible eficacia práctica; son también los proclamados en el Mensaje Especial del presidente Kennedy. De otro lado, se ha considerado la protección debida a cada consumidor, al «consumidor individual» en sus tratos y contratos, a la que se refiere la citada Carta para la Protección de los Consumidores, en el apartado b) de la letra A. Protección que se centra en el Derecho privado y que habrá de manifestarse en disposiciones sobre los contratos de adhesión, las condiciones generales de los contratos y en la condena de las cláusulas abusivas o leoninas (309). De este modo, del conglomerado enorme y heteronéneo de reglas que se denomina Derecho del consumidor (310), se destacan estas otras, más modestas en apariencia, de menor eficacia directa, pero que afectan a los tratos y contratos de todos y de cada día y en las que ha creído verse una verdadera revolución respecto al concepto de autonomía de voluntad.

En el mundo jurídico occidental, el Derecho de obligaciones había llegado, hacia los comienzos del siglo, a una cierta uniformidad, que origina la ilusión de una posible rápida unificación basada en la concepción liberal de las relaciones contractuales. Calma relativa, que de repente viene a romper el movimiento de protección del consumidor. El que origina curiosas y encontradas reacciones.

El punto de vista liberal se nos ofrece sin ambages en la Ponencia General sobre la Protección de los Consumidores, con la que hubo de abrirse la Jornada en Canadá de la «Association Henri Capitant». Con apasionada elocuencia, se califica el nuevo Derecho, de Derecho contestatario, herético, que huele a hoguera; anti-Derecho respecto al anterior, que arroja a los perros la libre contratación, y que mina el principio de la fuerza obligatoria del contrato (310).

(308) Puede ser útil, por ejemplo, considerar la situación de los propietarios, no sólo respecto de cada clase de bienes, sino también teniendo en cuenta las reglas que le atañen sea cualquiera su clase: de Derecho privado, penal, administrativo (derecho urbanístico, expropiación, ordenanzas municipales, servidumbres públicas), fiscales, etc., etc.

(309) En los proyectos para la ley francesa de 19 enero 1978 se empleaba la frase «cláusula leonina», después se le suprime y se le sustituye por la de «cláusulas abusiva» por entender que aquella era sólo apropiada respecto a la sociedad y a la división de la cosa común. El uso de la lengua española permite utilizarla respecto de toda falta de equidad resultante de que todas las ventajas están en favor de una de las partes.

(310) BAUDOUIN, *Rapport général. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, XXIV, *Protección de Consummateurs*, París, 1975, pág. 5. Señala sus peligros: ver consumidores por to-

Lamentaciones éstas, temores y vaticinios que no paran el movimiento de protección del consumidor. Con impulso de cruzada, se impone en la política legislativa de varios países, conquista las Organizaciones internacionales, y, lo que es más notable, origina un cambio impresionante en buena parte de la doctrina mercantilista; la misma que antes afirmara la existencia de un Derecho autónomo de los comerciantes y que basara el Derecho comercial en la empresa, entiende ahora que ha de atenerse con preferencia a la tutela y protección de los consumidores (311).

3. *Definición restrictiva del consumidor.*

El movimiento de protección del consumidor en el ámbito de la contratación, ha suscitado la cuestión previa de a quien ha de considerarse consumidor para que merezca la especial protección legal. Pregunta importante no sólo para saber el alcance de dicho término, sino sobre todo como indicio de la política legislativa, seguida en las disposiciones que la emplean.

En la Carta de Protección del Consumidor del Consejo de Europa (17-5-1973) ya se dice: «consumidor es una persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado» (A.1). Los autores la han seguido y definen al consumidor, por ejemplo, como «adquirente no profesional de bienes de consumo, destinados a su uso personal», como adquirente en cuanto persona privada, para satisfacción de «necesidades privadas», refiriéndose también «al consumidor final» o limitándolo al consumidor final de bienes y servicios para uso privado (312). La Ley francesa de 10 de enero 1978 («Sur la protection

das partes, protegerlos, a pesar suyo, paralizar quizá el desarrollo de ciertos sectores comerciales, pág. 6; profetiza que cuando todo el Derecho tradicional se haya absorbido por el Derecho de la protección del consumidor, habrá que celebrar otras jornadas para redescubrir las virtudes del consensualismo de la libre contratación y de la fuerza de los contratos, pág. 15.

(311) GARRIGUES, *En torno a la reforma del Derecho mercantil*, Documento Universidad-Empresa, Madrid, 1979, pág. 23, también pág. 27 y toda la conferencia en general, POLO (Antonio), *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil*, publicado en Homenaje a Rodrigo Uria, Madrid, 1978, pág. 616; POLO (Eduardo), *La protección del consumidor en Derecho mercantil*, Madrid, 1980, «passim» y en especial pág. 23; GÓMEZ SEGADÉ, *Notas sobre el Derecho de información del consumidor*, Rev. jur. de Cataluña, julio-septiembre, 1980, pág. 701 (p. 141). Los textos de dichos trabajos citados, de Garrigues, Polo (Antonio) v Polo (Eduardo), se recogen en *El arbitraje*, loc. cit. en este ANUARIO, 1979, pág. 724.

(312) Así, CORNU, *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat*, en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, citados, XXIV, página 135, BERCOVITZ, loc. cit., págs. 17 y 18; POLO (Eduardo), loc. cit., página 28, con citas en nota 25. También en *Homenaje al Profesor Antonio Polo*, antes citado, pág. 829; JACOBY, loc. cit., menciona la Ley de Quebec, de protección al consumidor (art. 1.º, § 57), que lo define: toda persona física parte de un contrato que tenga otra cualidad que la de comerciante.

Conforme al Derecho norteamericano, se entiende por consumidor el comprador de productos de consumo que sea adquirente con otro propósito que el de revenderlo y toda otra persona a la que sea transferido el pro-

et l'information des consommateurs») determina el ámbito de su aplicación diciendo que trata de «los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores (art. 35). La Ley Federal de 8 de marzo de 1979, de la República Austriaca, define el alcance de la protección del consumidor diciendo que la Ley se aplica a los negocios jurídicos celebrados entre aquel para quien el negocio corresponde a la actividad de su empresa (aquí llamado empresario) y de otra parte con alguien a quien esto no se aplica (llamado consumidor)». (§ 1,1) (313).

—4. *La astucia de las definiciones restrictivas.*

En estas y otras definiciones semejantes, se observará el propósito de restringir el concepto del consumidor, estrechando así el número de personas protegidas. Ellas han podido explicarse por el deseo de precisar el concepto de consumidor, en búsqueda de su exactitud; más tienen un efecto quizá inesperado, el de abandonar el propósito inicial del movimiento de protección del consumidor. En el mensaje del presidente Kennedy, se pedía la protección de todo consumidor, sin distinción alguna de personas. Por el contrario, en las definiciones antes citadas, se excluyen a empresarios o a empresarios y profesionales de la protección, aunque unos y otros tengan la condición de consumidores. De este modo, se ha venido a crear una clase especial de protegidos (314), con la consecuencia de que a los demás (empresarios y profesionales) se les niega el favor de las leyes de protección («beneficium odiosum») y así se llega al resultado de que, en los contratos entre profesionales y empresarios, habrán de considerarse válidos incluso los

ducto durante la duración de una garantía implícita o escrita, ALPPA, *Contratti di massa, clause de garantie e informazione di consumatori* (Appunti sul Magnuson Moss Warranty Act, 1975), en *Condizioni generali di contratto, a cura de Massimo Bianca*, Milano, 1979, pág. 215. En derecho británico se refiere como contrato con un consumidor, cuando el contrato no se ha hecho en el curso de negocios, mientras la otra parte haya procedido en el curso de los suyos privados; si se trata de venta o arrendamiento-venta, que los bienes se provean para uso privado, o de consumo, y sean de uso ordinario, ANSON, *Law of contract*, 25 ed., by Guest, 1979, pág. 189. En Francia, GHESTIN, define al consumidor «la persona que para sus necesidades personales, no profesionales, es parte de un contrato para proveerse de bienes o servicios, loc. cit., § 59, pág. 36.

(313) Definición que se completa, agregando que a los efectos de dicho párrafo se entiende por empresa la organización independiente, establecida para una actividad económica duradera, aunque no sea de carácter lucrativo. Las personas jurídicas de Derecho público se consideran siempre como empresas, § 1 (2).

(314) Pudiera pensarse que se trate de otra creación de una falsa clase social (no sociológica). A la manera de la de los arrendatarios, facilona y populachera; la que por falta de discriminación entre los supuestos, sea creadora de llamativas situaciones de injusticia (se ha podido citar el caso del multimillonario gozando de piso de lujo y viuda propietaria sumida en la miseria); criterios que en el fondo resultan contrarios al principio de igualdad proclamado en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; sin las oportunas matizaciones.

pactos leoninos que en aquéllos se incluyan, aunque los tales pactos estén condenados por las leyes de protección al consumidor (315).

Como se columbra de lo dicho, lo que nos importa de las citadas definiciones, no es su mayor o menor acierto verbal, lo que aquí interesa es el que ellas sean o puedan entenderse como signo de que las normas sobre la protección del consumidor resulten ser un retroceso e involución de la antes descrita tendencia hacia el abandono de la concepción liberal de la autonomía de la voluntad.

Para conocer el alcance y significado de tales definiciones, convenirá tener presentes su origen y desarrollo. Cuando se formulan las primeras definiciones restrictivas sobre el consumidor, existía ya una práctica y una doctrina bastante consolidada respecto a la protección de la parte débil en los contratos. Los casos que la determinan, los que llegan ante los tribunales y requieren la atención de la doctrina, son precisamente aquellos contratos entre dos empresarios, en el que uno impone al otro condiciones abusivas, explotando su mayor poder económico o su dominio del mercado (316). Por el contrario, en la práctica judicial no se advierten casos en que alguien, adquirente de bienes para su consumo personal, demande a un empresario por haberle impuesto condiciones abusivas (317).

Las nuevas disposiciones y recomendaciones sobre protección del consumidor, en las que se utilizan definiciones restrictivas del consumidor, resultan sin alcance práctico efectivo: ya que la protección se concede a favor de personas que, por su misma situación de debilidad no solicitan, ni probablemente solicitarán amparo ante los Tribunales y, en cambio, se excluye de su regulación a los empresarios y profesionales; con lo que además se debilita la lucha contra los pactos leoninos, creando hasta la apariencia de que éstos son permitidos en los contratos entre empresarios.

¿Cómo y porqué se ha llegado a este sorprendente resultado? Sin excesivo atrevimiento, cabe aventurar una hipótesis que nos lo podrá explicar; la de que existe una cobertura de matiz jurídico y una infraestructura de naturaleza socio-política.

La idea simplista del contrato, tanto en los sistemas primitivos del

(315) Conclusión a la que abonaría el criterio de la regla «inclusio unius, exclusio alterius».

(316) Ya en el momento de la redacción del Código alemán, hubo de preocupar la condición de los contratos de suministros de cervezas y más tarde los de otros semejantes suministros; por ejemplo, de electricidad, de automáticos, de películas, en las que se imponen pactos leoninos; se condenan los contratos mordaza («Knebelungsverträge») y otros semejantes entre empresarios, ya que repugnaban a las buenas costumbres. En Francia, del mismo modo y no obstante la citada Ley sobre la protección y la información de los consumidores (10 enero 1978) se plantean ante sus Tribunales y estudian los autores numerosos casos de desigualdad entre empresas de producción y empresas de distribución, especialmente en los contratos llamados de integración; puede verse su referencia en GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, 1980, § 58, págs. 34 y siguientes.

(317) Alguna excepción puede darse, como en el caso señalado en la nota 251. Sobre este mismo caso, Comp. nota 332.

formalismo como en los de los contratos abstractos, gratos al capitalismo, lleva consigo la consecuencia de que cada contratante ha de atenerse a lo declarado en el texto del contrato, pues el Derecho no protege a los descuidados o desprevenidos (318); cada contratante ha de pechar con las consecuencias de su falta de discreción, al firmar una cláusula que le perjudica, pues así lo exige la seguridad del tráfico. Ese duro criterio se dulcifica pronto, en favor de menores e incapaces, en razón de que su descuido no puede calificarse de culpable. Esta excepción se dice o se piensa que puede o debe extenderse, en la sociedad de consumo, al consumidor, que en ella está como ignorante, indefenso, seducible, a la manera del niño, frente a las añagazas de la publicidad engañosa; sin facultad de elección, para satisfacer sus necesidades reales o artificialmente creadas. Mas estos motivos de excepcional protección —puede agregarse— no alcanzan al empresario o al profesional, quienes no la merecen al ser, por definición, peritos en su oficio (319).

Antes de continuar estas observaciones sea permitido advertir que tal razonamiento contiene un error de enfoque. Quien firma, cerrando los ojos, una cláusula leonina o abusiva, no lo hace en general por falta de diligencia, sino por necesidad. Sabe, como todo el mundo, que si ha de obtener la mercancía o servicio que desea o necesita, tiene que aceptar las condiciones que el empresario o profesional exige, ya que el mercado no ofrece otras opciones, dadas las prácticas en él dominantes. Lo que se olvida también es que la situación de necesidad puede darse no sólo entre empresario y consumidor final, sino entre empresarios de mayor y menor poder social.

El movimiento de protección al «consumidor individual» aparece como reacción contra los pactos leoninos, que aquél pueda padecer en sus contratos. La condena de tales pactos hubiera sido natural que se hiciera, siguiendo la línea en que aquel movimiento nació: la de la corriente renovadora del concepto de la autonomía de la voluntad, elaborada por la doctrina y jurisprudencia antes recordada; la que considera nulos los pactos resultantes de la posición dominante de una de las partes, o que no responden al criterio de la «reasonableness», o que pueden ser tachados de «unconsicionableness» o de ser «unbillig». En la Ley de Protección del Consumidor no se hará así, a pretexto de que ello originaría inseguridad en la contratación, se aten-

(318) «Iura diligentibus non dormientibus subveniunt», «ius civile vigilantibus scriptum est». ¿Por qué proteger al débil?; su desventura resulta de su descuido LANDO, *Le clausule contractuali inguste nel Diritto di paesi nordici* en le *Condizioni generali*, a cura di Massimo Bianca, Milano, 1979, página 262.

(319) «Cuiuslibet in arte suo perito est credendum»; idea que concuerda con el dejar que entre a los comerciantes se establezcan pactos no permitidos a otras personas, dada su peligrosidad, así el permitir entre ellos la cláusula compromisaria y la renuncia de la competencia territorial de los tribunales; citas en *El Arbitraje y la lex mercatoria*, loc. cit., págs. 646-647. También en Francia, artículo 48, D. de 5 dic. 1975, sobre renuncia a reglas sobre la competencia de los tribunales.

taría a la confianza en los contratos necesaria al crédito y al comercio, todo lo que reduciría en daño de la economía nacional.

Más que estas observaciones de carácter vago parece ser decisiva la infraestructura socio-política antes mencionada. La propia de «L'Europe des marchands», del movimiento de la «nueva lex mercatoria», la de los grupos de presión («lobbys») de las grandes compañías nacionales y multinacionales, tan influyentes en las comisiones de expertos nacionales e internacionales y en la de los parlamentos nacionales; en todas en las que dominan los intereses económicos sobre toda otra consideración. Pues ocurre que las definiciones restrictivas vienen a favorecer al gran empresario. Del siguiente modo, los por ellas únicos privilegiados como consumidores, los que adquieran algo para su uso personal o doméstico (algún aparato para la casa), si éste no funciona, aunque la «garantía» que le acompaña resulte leonina y sólo en favor del vendedor, no es verosímil que plantee un pleito y que se arriesgue a sus resultados y a los costes de un proceso (320). En cambio, como lo demuestra la práctica judicial, el peligro de reclamaciones judiciales es evidente que se origina corrientemente en los contratos entre comerciantes o profesionales; por ejemplo, en la venta de una cosechadora, de un camión o de un telar; entonces el valor de la máquina justifica correr el riesgo, y la empresa dañada, además, aunque sea menos poderosa, puede contar con una eficaz asesoría jurídica.

En otro orden de cosas, las definiciones restrictivas tienen todavía un poderoso atractivo en el mundo de los políticos, desde el punto de vista de la propaganda electoral. Con tales definiciones del consumidor se origina la imagen de que se ampara a la masa del pueblo, a la de los menos afortunados y siempre desprotegidos, mientras que aparecen como indignos de protección los explotadores por excelencia, los empresarios (321).

Coincidencia de intereses en la infraestructura sociopolítica, en la que aparece la astucia implícita de las definiciones restrictivas, que las han hecho aceptar de modo general y a ojos cerrados por legisladores y autores (322).

5. *Interés de las cuestiones sobre el consumidor para el legislador español.*

España había quedado prácticamente fuera del movimiento de protección al consumidor, salvo en la antes señalada Ley de Represión

(320) Puede verse el apartado «las cláusulas leoninas» (V, 4) y nota 249 y siguientes.; también en nota 331.

(321) La rapidez no habitual de discusión y aprobación de la ley francesa del 10 enero 1978, se ha explicado precisamente por la proximidad de las elecciones legislativas de marzo de 1978, GHESTIN, § 591, págs. 488-489.

(322) Será justo señalar, frente lo dicho, que después de haberse recogido la definición estricta del consumidor (consumidor final), se advierte que la finalidad de la protección del consumidor se extiende a remediar situaciones de desigualdad, incluso, por ejemplo, de empresarios respecto de empresas con posición de dominio en el mercado, BERCOVITZ (Alberto), loc. cit., pág. 18.

de Prácticas Restrictivas de la Competencia. La situación cambia con la Constitución de 1978. Su artículo 51 impone a los Poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, precisando que habrán de hacerlo protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos; estos deberes, como el de promover la educación de los consumidores y usuarios, implican que dichos Poderes (Cortes, Gobierno, Administración, Poder judicial), reformen a tal efecto el funcionamiento de la Administración y dicten medidas penales y reglamentarias para regular conforme a dicho marco el comercio interior. Nada se dice expresamente sobre la protección del «consumidor individual», aunque habrá de entenderse aludida en la garantía debida a «los legítimos intereses económicos» de consumidores y usuarios. Con ello se crea un deber de protección a los consumidores en la esfera del Derecho privado y concretamente respecto de la interpretación y aplicación de las normas sobre la contratación. Pues no hay que olvidar que lo dispuesto en el artículo 51 contiene uno de «los principios rectores de la política social y económica del Estado» (323).

El mandato constitucional, lo general del movimiento de protección del consumidor, su entusiasta aceptación por los autores españoles, hacen pensar que pronto deberán dictarse disposiciones sobre la protección del consumidor, en materia de contratación. Entonces habrá de tener en cuenta las soluciones dadas en otras legislaciones, pues ellas pueden servir de enseñanza y guía y también de ejemplo para evitar en su caso equívocos y errores.

Admitida dentro de la enumeración de «derechos y libertades» la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (artículo 38 Const.) surge la pregunta de cómo se entiende dicha libertad y cómo se armoniza ésta con la protección debida a los consumidores, y una y otra con el principio de que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14 Const.) y también con la declaración básica o preliminar de que los poderes públicos han de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos (artículo 9.2 Const.).

Está fuera del contenido de estas notas hacer sugerencias concretas sobre el modo de enfocar la protección legislativa del consumidor, pero será permitido recordar algunas de las enseñanzas que pueden deducirse del ejemplo extranjero, respecto de la realidad española.

(323) Lo dicho puede ponerse en duda, teniendo en cuenta que la Constitución añade que tales principios «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Posiblemente habrá que distinguir aquí dos momentos. Cuando existe ley que los desarrolle habrá que alegarlos de acuerdo con lo que ella disponga. Mientras no se dicte tal ley, el principio será operante ante todo para informar la legislación positiva («de lege ferenda») y después para orientar la práctica judicial y toda la actuación de los poderes públicos.

En primer lugar, como ya se ha indicado, sería injusto e inexplicable que se excluyeran a los profesionales (324) y a los empresarios de la protección frente los pactos leoninos, con el resultado absurdo de que puedan ser favorecidos así los grandes empresarios, a costa de las medianas y pequeñas empresas y mediatamente de todos los consumidores. La práctica revela el hecho de ciertas multinacionales, que van dominando el mercado español, mediante contratos con empresas españolas a las que primero se les concede la exclusividad de sus productos, las que luego los introducen y acreditan a su costa, pero que un buen día ven rescindido su contrato y, sin indemnización alguna, pasan la clientela adquirida a una filial de la multinacional creada al efecto; todo ello conforme a los pactos abusivos previamente concertados. Este hecho no es nuevo, ha sido bien conocido por los agricultores en los contratos impuestos a las empresas agrícolas por empresas compradoras, nacionales o extranjeras.

El término consumidor, sólidamente acreditado, ha de entenderse ampliamente no sólo para protección del comprador, sino también del vendedor (325). Un caso llamativo de esta naturaleza hubo de llegar ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. En un pueblo andaluz (Castro del Río) un gran empresario de la industria del aceite celebra contratos de compraventa de orujos grasos con varios labradores del término, con pactos de los que resultaba que la fijación del precio quedaba prácticamente a voluntad de aquél; los empresarios agrícolas piden ante el Juzgado de primera instancia de Castro del Río la nulidad de tales contratos. El Juez declara no haber lugar a la nulidad pretendida, pero estimando la posible existencia de prácticas prohibidas, remite testimonio de ciertos particulares al Servicio de Defensa de la Competencia, para que, en su caso, incoase expediente de oficio. Se sigue éste y el Tribunal de Defensa de la Competencia, estimando que la empresa compradora domina prácticamente el mercado y que los vendedores se encuentran en situación de indefensión e inferioridad, declara haber prácticas prohibidas e intima a que el empresario comprador se abstenga en lo sucesivo de utilizarlas (326). Caso que también nos muestra aquí la actual ineficacia de la organización jurídica española, respecto a los pactos abusivos (327).

(324) La referencia a los profesionales de la ley francesa de 1978 ha sido duramente criticada ¿Por qué negar protección al médico dentista frente a los pactos abusivos de la empresa que le vendió la instalación odontológica? Se han explicado estos y otros defectos de técnica por la «prisa indecente» de ver aprobada la ley antes de las elecciones.

(325) La postura de privilegio que se entiende darse en la protección del consumidor, en sentido estricto, ha hecho pensar en la inversión de posturas privilegiadas. Se piensa que se ha sustituido el viejo principio «caveat emptor» por el más progresivo «caveat venditor», GÓMEZ SECADE, *Notas sobre el derecho de información del consumidor*. Rev. Jur. de Cataluña, julio-septiembre 1982, pág. 701.

(326) Sección 1.ª del Tribunal de Defensa de la Competencia, núm. 29, 11 noviembre 1967.

(327) En la actuación de los dos juzgadores se ve la desazón de ambos ante unos pactos evidentemente abusivos. El Juez de Castro del Río no se

Las observaciones hechas no pretenden se abandone el debido entusiasmo por la protección al consumidor, sino advertir que dicha protección se ha de ejercer según convenga en cada rama del Derecho. En la esfera de la contratación, mediante la declaración de la nulidad de todo pacto abusivo, pues ello resultará siempre en protección directa o indirecta del consumidor. Las leyes de protección al consumidor podrán, en todo caso, proporcionar a los jueces orientación y guía para determinar qué pactos han de considerarse abusivos (328).

6. *¿Cómo hacer prácticamente efectiva la protección del consumidor?*

Las leyes, por esmeradas y detallistas que sean, no logran el valor social propuesto mientras no ofrezcan medios para que los particulares puedan lograr su amparo y ello sin excesivo gasto o dificultad; medios que a menudo faltan en las leyes que pretenden originar cambios sociales. Respecto de la protección del consumidor, hubo de distinguirse ya respecto de ella en la Carta del Consejo de Europa, a dos tipos de «derechos».

Los unos que se encomiendan al Derecho público, de amplísima extensión, que comprenden nada menos que a la policía y ordenación del mercado y hasta a la reforma de la burocracia en todos sus grados, con el fin de que la ordenación jurídica esté al servicio del pueblo, consumidor y usuario, y no de unos u otros privilegiados. Deberes encomendados por la Constitución a las Cortes, al Gobierno y a la Administración Pública y cuyo cometido deberá vigilar el Defensor del Pueblo. Aquí no se puede hablar de «derechos» en el sentido técnico, por lo que la doctrina ha preferido tratarlos como «intereses difusos» o «colectivos», pues su amparo escapa del ámbito del Derecho privado (328 bis).

atreve a declarar su nulidad, al no encontrar apoyo en la doctrina, que venía interpretando estrechamente el artículo 1.255 del Código civil (comp. lo dicho antes en V. 6 y sobre nota 288). El Tribunal de Defensa de la Competencia se limita a intimar al comprador a que se abstenga, de utilizar dichas prácticas abusivas, añadiendo que ello se dispone «sin prejuzgar las acciones que por resarcimiento de perjuicios puedan asistir a los interesados, que podrán ventilarse ante la jurisdicción ordinaria del orden civil».

(328) Aconsejable sería, parece, una ley general sobre los contratos, para sancionar los abusivos, como se hizo en la legislación de los países nórdicos o en la británica «Unfair Contracts Terms Act», de 1977, en la que se enumerase cuáles son los pactos considerados especialmente abusivos, como hacen las leyes alemana y austriaca.

(238 bis) El tránsito de «derecho» a «interés protegido», cuya violación puede ser base para una acción, exigiendo su respeto, parece haberse ya dado. Las Secciones Unidas de la «Corte de Cassazione» italianas (S. 5.172 de 6 octubre 1979) reconoce que el Juez Ordinario ha de amparar el derecho inviolable del individuo a su salud y a la sanidad del ambiente en que vive, contra toda iniciativa perjudicial, ya provenga de un empresario privado o de la Administración Pública, cita de NOVELLI, *Civiltà industriale e Corte di Cassazione*, en *Temas de la cultura jurídica contemporánea*, Padova, 1981, pág. 93. Comp. *La tutela degli interessi difusi nel Diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori. Racolta a cura di A. Gambazo*, Milano, 1976.

Los otros «derechos» mencionados en la citada Carta del Consejo de Europa, es decir, los atribuidos al «consumidor individual», entran plenamente en la esfera del Derecho privado, ya que se refieren a la protección frente al abuso de la libertad de contratar, realizado por un contratante en daño de otro. El cometido de declarar la ineficacia de los pactos abusivos o leoninos habrá de ser, por tanto, atribuido normalmente a la jurisdicción ordinaria, ante la que se podrán ejercitar las acciones correspondientes a solicitud del contratante que se estime perjudicado. Lo que, sin embargo, ha chocado con graves dificultades en la práctica y de distinta naturaleza.

De una parte se ha observado que hay que tener presentes los intereses del libre mercado. Al proyectarse en Francia la Ley, que después se denominaría de «La protección e información de los consumidores», se piensa encomendar a los jueces el cuidado de precisar, en cada caso, cuándo una cláusula merecía ser declarada nula por abusiva, conforme a las directrices de la Ley (329). Tal proyecto será criticado en el Parlamento y, en fin, desechado, alegándose que iba contra la seguridad de los contratos y del crédito en general. Se prefiere, al arbitrio judicial, dejar en manos de la Administración el declarar qué cláusulas son abusivas; poder que se confiere al Consejo de Estado, quien puede dictar Decretos, previo informe de la «Comisión de las cláusulas abusivas», declarando a ciertas cláusulas como prohibidas, limitadas o reglamentadas (330). Se ha preferido así al criterio judicial, jurídico y objetivo, el de la Administración, que normalmente estará determinado por consideraciones económicas y políticas (331).

De otra parte preocupa el cómo hacer eficaz la protección del «consumidor final» o doméstico, en cada caso, teniendo en cuenta su situación de inferioridad social respecto del empresario que abuse; la que, en general, resulta ser un obstáculo insuperable para reclamar administrativa o judicialmente (332).

(329) La ley define como abusivas las cláusulas que «aparecen impuestas a los no profesionales o consumidores, por un abuso de poder económico de la otra parte y que confieren a ésta una ventaja excesiva» (art. 35).

(330) Artículos 35 y 36. En el Proyecto se había previsto una intervención preventiva y general de la «Comisión de Cláusulas Abusivas», para recomendar la supresión en los contratos tipos de las cláusulas tenidas por abusivas. En el caso de ser desoída dicha recomendación se preveía la posibilidad de que se prohibiesen por Decreto tal tipo de cláusulas.

(331) En favor de esta solución se invoca la incertidumbre que reinaría hasta que se consolidase la jurisprudencia y la consiguiente duda sobre qué cláusulas serían consideradas abusivas. Dificultad de hecho no superada por los Decretos y sólo retardada, como lo muestra la perplejidad general de los profesionales respecto a la interpretación del primer Decreto dictado por el Consejo de Estado. GHESTIN, loc. cit., § 604, pág. 501.

(332) Sobre ello, lo dicho en nota 320. El caso citado en nota 251 puede considerarse excepcional, se explica por la alta situación económica del perjudicado, que pudo preferir arriesgar las costas de un largo pleito a ser burlado por la mala fe y desconsideración de la casa de limpieza; quien además pudo disponer de excelentes abogados y que tuvo la suerte que juzgara el caso un juez tan ilustrado y valiente como Lord Dennigg.

Para salvar esta dificultad en varios países se han creado órganos administrativos especializados para su especial protección. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, la «Federal Trade Commission», en Inglaterra, el «Director of Fair Trading» y el «Consumer Protection Advisory Committee», en Suecia, el «Konsumentenombudsmen» y el Tribunal de Mercado (333).

También se ha pensado en la atribución de acciones a ciertos organismos para que actúen a favor de los consumidores («Class actions»), y ello no sólo en los Estados Unidos (334). Así la Ley alemana sobre las Condiciones Generales de los Negocios, la que entre otras organizaciones autoriza al efecto a las asociaciones que tienen por fin la protección de los intereses de los consumidores para pedir el cese o la revocación de ciertas cláusulas declaradas ineficaces (§ 13) y también en la Ley austriaca para la protección de los consumidores se autoriza, entre otras, a la Asociación para la información de los consumidores para pedir el cese de las condiciones de los contratos prohibidos por la Ley o que sean contra las buenas costumbres (§§ 28 y 29).

Admitir una acción colectiva (la «Verbandsklage» de la Ley austriaca), atribuida a las Asociaciones de Consumidores, ofrece las posibilidades de salvar la dificultad de la práctica renuncia a sus derechos del «consumidor individual», consciente de su debilidad o impotencia para reclamar judicialmente contra las cláusulas abusivas.

No ha de ocultarse que tal acción tropieza con dos obstáculos para su debido ejercicio. El previo, respecto de la conducta de las Asociaciones de consumidores, es necesario que ofrezcan la debida confianza, es decir, asegurarse de que no se haga un uso abusivo de ellas, desviándolas de su fin de servir a los intereses de los consumidores (335). El otro obstáculo, el de que dichas Asociaciones, como la

(333) En Suecia, se nos dice, existen seis Ombudsmen; tres parlamentarios (incluso sobre materia militar); para la libertad económica (concurrentia) para la prensa (quejas de particulares) y para los consumidores. Este se ocupa de prácticas del mercado, recepción de quejas de particulares, negociaciones con industriales y comerciantes, información de empresas y consumidores. También en Dinamarca existe el Ombudsmen. VANDERVELD, *Les moyens d'action des consommateurs face aux pratiques commerciales abusives. Etude de droit comparé*, Gêneve, 1979, págs. 150-192.

(334) VANDERVELD, loc. cit., págs. 10 y 11; ALPA, *Contratti di massa, clausole di garanzia e informazione dei consumatori (Appunti sul Magnuson-Moss Warranty Act, 1975)*, en *Le condizioni generali di contratto, a cura di C. Massimo Bianca*, Milano, 1979, págs. 223 y siguientes.

(335) La debida organización de las Asociaciones de consumidores puede ser decisiva para la protección de éstos; sobre lo realizado en Alemania, en otros países y sobre las uniones internacionales existentes, HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1979, págs. 104-109. No puede silenciarse que también se advierte y refiriéndose a la misma experiencia alemana, el peligro del mal uso de las asociaciones que puedan estar al servicio de empresas más potentes o ser asociaciones «comodín». VANDERVELD, loc. cit., págs. 50-53, sobre remedios en la jurisprudencia, págs. 53-56; sobre requisitos para su legitimación en proyecto de ley, págs. 56-57. TROCKER, *La tutela giurisdizionale degli interessi difusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori contra atti di concorrenza sleale. Analisi comparativo de l'esperienza tedesca*,

intervención de órganos de la Administración, se limitan en general sólo a la denuncia y condena de las cláusulas abusivas que aparecen en las condiciones generales publicadas (336).

De lo dicho pudiera llegarse a la conclusión desesperanzadora de que no se encuentran recursos adecuados para la protección de quien más la necesita, del consumidor «final», cuando en cada caso es víctima de una cláusula leonina. Sin ocultar lo arduo de la tarea, puede pensarse en la posibilidad no fácil, pero tampoco imposible, de superar las dificultades de lograr medidas eficaces para conseguir una protección jurídica, para cada consumidor que se vea ligado por una cláusula leonina (337).

Tales medidas habrían de darse tanto respecto a la regulación de los contratos como en el Derecho procesal. Como ya se ha indicado repetidamente, parece conveniente una condena de las cláusulas abusivas o leoninas, ya sea mediante unas reglas detalladas (338) o bien sea mediante una fórmula general, declarando la nulidad de los pactos abusivos o leoninos (339): dejando entonces su apreciación, en cada caso concreto, a la discreción de los jueces. En fin, en este sentido cabe establecer un cuadro de preceptos imperativos, para evitar que se desnaturalice el alcance de las reglas llamadas dispositivas (340).

Más aquí, como en general respecto de las normas de Derecho Privado, para que logren real eficacia social, se requiere que ellas sean acompañadas de los oportunos preceptos procesales. Se han pensado y propuesto, al efecto, varios sistemas. Uno de ellos ha sido el de crear tribunales especiales para las cuestiones entre empresarios y consumidores, con un procedimiento adecuado, sugiriéndose sean unipersonales, de instancia única, sin intervención de abogados, con proceso rápido y oral, cuyas sentencias podrían declarar la nulidad de los pactos declarados leoninos, conceder indemnizaciones a los dañados e incluso imponer multas. También se puede pensar que, para superar el obs-

en *Tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Studi di diritto comparato. Milano, 1970, pág. 486.

(336) Compárese, sin embargo, el funcionamiento de la «class action» y las facultades de la «Federal Trade Commission», en Estados Unidos, ALPA, loc. cit., págs. 223 y siguientes.

La dificultad de dar eficacia general a la presunción de cosa juzgada, se ha pretendido salvar en el discutible artículo 3.º, par. 3, de Ley sobre Contrato de Seguro (8 octubre 1980).

(337) Se trata aquí de vencer dificultades técnicas; no de la cuestión más difícil, la de superar la resistencia de los empresarios interesados y llevar a las leves disposiciones eficaces al respecto.

(338) Como los contenidos en las tan citadas leyes alemana (9 diciembre 1976) y austriaca (8 marzo 1979) y en el Decreto del Consejo de Estado francés de 26 de marzo de 1978 (sobre las reacciones en Francia negando su legalidad, GESTHIN, loc. cit., § 610, págs. 508 y sig.); y también en la Resolución (76) 47 adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 16 noviembre de 1976.

(339) Como se hace en los antes citados Código civil de Quebec, en los de Egipto, República Árabe de Libia y nuevo código de Argelia, respecto a los contratos de adhesión (V, 2, notas 235-238).

(340) Comp. lo dicho sobre notas 260 y siguientes.

táculo de la debilidad social o económica del «consumidor final», sería conveniente legitimar para que actúen en su nombre a ciertas asociaciones de consumidores, las que podrían hacerlo por sustitución procesal (341).

Dicho esto no cabe cerrar los ojos a los impedimentos que habría de salvar para que lleguen a ser realidad los medios antes indicados u otros semejantes. Cualquier sugestión de «lege ferenda», en especial la dirigida a la mejora de la situación de los más débiles, como ha de ser siempre a costa de ciertos privilegiados, tiene mucho de aspiración utópica. Ello, no obstante, no está permitido desesperar; todo intento es debido si se desea que la regulación de los contratos tenga el sentido ético propio de lo jurídico y también si se quiere, en serio, que sea «real y efectiva» la defensa de los consumidores, que predica la Constitución (342).

(341) Podría tomarse como ejemplo la actuación del Colegio de Arquitectos, en lugar y en favor de los miembros del Colegio.

(342) La información y educación de los consumidores, que requiere la Constitución, lleva consigo que se les dé a conocer, que se divulgue, cuáles son sus «derechos» y medios de reacción frente a las prácticas abusivas y pactos leoninos.

