

APROXIMACION A UN CONCEPTO TECNICO DEL ORDENAMIENTO CIVIL

MIGUEL COCA PAYERAS
Profesor de Derecho civil

SUMARIO: 1.- EL TRADICIONAL PUNTO DE ARRANQUE: DUALIDAD PUBLICO-PRIVADO: 1.1.- La necesidad de elegir un concreto nivel de análisis como paso previo. Consecuencias de la elección de un nivel técnico. 1.2.- La noción de ordenamiento jurídico en los textos legales españoles: 1.2.1.- Tratamiento constitucional de las ideas de derecho objetivo y ordenamiento jurídico. 1.2.2.- El influjo institucionalista en la legislación y doctrina administrativista. 1.2.3.- La reforma del Título Preliminar del Código civil: las fuentes del ordenamiento. 2.- A LA BUSQUEDA DE UN CRITERIO TECNICO DE DISTINCION ENTRE EL ORDENAMIENTO PUBLICO Y EL PRIVADO: 2.1.- Inutilidad del criterio de la "materia". 2.2.- El criterio de la atracción reguladora de un conjunto de normas sobre otras: 2.2.1.- La atracción impropia. 2.2.2.- La atracción propia o atracción que provoca la residualidad de otro ordenamiento. 2.2.3.- El factor desencadenante de la atracción: cualificación de la personalidad jurídica. 3.- EL ORDENAMIENTO JURIDICO-PRIVADO Y SU ESCISION: 3.1.- Ordenamiento patrimonial y no patrimonial: la actividad económica y su carácter general como factor desencadenante de la atracción tanto en el seno del ordenamiento público como en el del privado. La constitución económica. 3.2.- La atracción impropia del ordenamiento privado no patrimonial. 3.3.- Ordenamiento privado patrimonial general y especiales: 3.3.1. El factor determinante de la atracción: cualificación de la actividad económica. 3.3.2.- Breve reseña de los ordenamientos privados patrimoniales especiales: mercantil, laboral y agrario. 3.4.- La presión histórica de los ordenamientos privados patrimoniales especiales sobre el civil. Claves de interpretación: 3.4.1.- Relatividad y parcialidad del fenómeno. 3.4.2.- Ampliación, en dos frentes, de la entidad del ordenamiento civil. 4.- EL CONCEPTO TECNICO DEL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL. 5.- NOTAS EN TORNO A LA SUBDIVISION DEL ORDENAMIENTO CIVIL EN ORDENAMIENTOS ESPECIALES O FORALES.

1.-EL TRADICIONAL PUNTO DE ARRANQUE: DUALIDAD PUBLICO-PRIVADO

A la hora de iniciar una exposición relativa al concepto del Derecho civil, constituye un lugar común el remontarse en sede analítica a unas

categorías de mayor fuste que la que él representa, para descendiendo paulatinamente a través de otras intermedias acabar en ese concepto. Esa noción se obtiene, por lo tanto, a través de un escalonado proceso de fisión en el que el papel de célula madre lo juega la idea de Derecho objetivo y la primera partición la de Derecho público-Derecho privado. Enfoque entroncado, como se ha repetido hasta la saciedad, con el texto ulpiano recogido en el epígrafe 2, de la Ley 1, Título I, Libro I del Digesto: *huius studii duae sunt positiones...*

Sobre este texto, la doctrina analiza la evolución histórica de la dualidad, y los criterios que la han justificado: fundamentalmente, los denominados “del interés”, “subjetivo” y el “teleológico” (1). Con estos mimbres las elaboraciones divergen en sus enfoques y métodos pero acaban —en general— convergiendo en la insuficiencia de tales criterios por un lado, y por otro, en la escasa trascendencia actual de la bipartición obtenida de esa forma. Adviértase, cómo esta segunda consecuencia no es sino un corolario obligado de la primera. Si no es factible dar con la línea divisoria exacta entre dos nociones, la primera razón lógica que lo justifica es la escasa importancia de la división o incluso su inexistencia. Esta conclusión es formalmente inatacable, habida cuenta de los presupuestos de los que parte. Pero si se comienza por cuestionar el valor absoluto de los mismos, el resultado del estudio varía sustancialmente. Así, hay que estar de acuerdo en que a la luz de los criterios antedichos seguir entendiendo al Derecho público y al privado como íntimamente contrapuestos el uno al otro apenas puede justificarse hoy (2), en la medida

(1) Hago merced al lector de la exposición de cada uno de estos elementos de distinción, lo mismo que de otros ensayados por la doctrina. Cumplida información al respecto se hallará en: CASALS COLLECCARRERA, Miguel, voz “Derecho Privado” en *Nueva Enc. Jur. Seix*, tomo I, Barcelona. 1950, págs. 907-943 en donde sistematiza hasta diez teorías diferenciadoras; GARCIA PELAYO, Manuel voz “Derecho Público” en la misma obra y tomo, págs. 979-1007, quien recoge hasta trece; BONET RAMON, F. “Derecho Público y Derecho Privado” *Rev. Der. Priv.* 1955, págs. 631-654, con abundante bibliografía en la nota 1; JORDANO BAREA, J.B. “Derecho civil, Derecho Privado y Derecho Público” *Rev. Der. Priv.* 1963, pág. 868 y ss.; VILLAR Y ROMERO, J. M^a “La distinción entre derecho público y derecho privado” *Rev. Gen. Leg. y Jur.* 1942, tomo I, págs. 7-70; Más recientemente, cfr. LACRUZ, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, I, Barcelona. 1982, págs. 19-39.

(2) Dice Martin BULLINGER, en *Derecho Público y Derecho Privado*. Madrid. 1976 (Traducción de A. Esteban Drake), que “Seguir entendiendo al Derecho público y al Derecho Privado como íntimamente contrapuestos el uno al otro apenas puede ya justificarse. Puesto que una equiparación valorativa de la diferencia entre Derecho público y privado con la contraposición de orden coactivo a un orden de libertad, de un orden del bien común a un orden del interés propio y egoísta o de una esfera estatal a un ámbito individual, una equiparación semejante no se corresponde con la usual división dualista de la dogmática jurídica y puede conducir por ello a confusiones de importancia...” (pág. 165).

en que son fruto de una desordenada acumulación histórica y que como tales parcialmente justificaron en sus respectivas épocas la dualidad (3). Pero en lo que hay que discrepar es en que la deducción inmediata a esa afirmación estribe en negar entidad “jurídica” a la diferenciación (negarle, en suma, operatividad desde la óptica jurídica), arrinconándola a los meros efectos pedagógicos o doctrinales (4).

El propio KELSEN en su *Teoría pura del derecho*. México. 1979 (Traducción de R.J. Vernengo), págs. 287-288, pone en claro cómo la teoría pura del derecho relativiza la contraposición público-privado, “convertida en absoluta por la ciencia jurídica tradicional” convirtiéndola de “una división extrasistemática —es decir, una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado— en una distinción intrasistemática, conservándose justo así como una ciencia que no se disuelve en la ideología ligada a la absolutización de esa cuestionable oposición...”.

(3) Precisamente, el relativismo histórico de la distinción, conectado a la evolución de los modelos de producción y a la misma organización político-social, hace inútil la adopción de tales criterios en términos absolutos tanto individual como acumuladamente. Sobre esa conexión, y a modo de ejemplo, cfr. GALGANO, F. *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*. Bologna. 1978, págs. 37-44; RODOTA, S. “Ipotesi sul diritto privato” en *Il Diritto privato nella società moderna*. Bologna. 1971, págs. 15-27.

Ponen de relieve explícitamente la carencia de valor abstracto de la distinción y su relativismo histórico: CERRONI, U. “Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico” en *Atti del IV Congresso Nazionale di Filosofia del diritto*. Milano. 1960, págs. 355-365; CALASSO, F. “*Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico*” en *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, vol. I, Milano. 1943.

No hay que olvidar, cómo la relatividad histórica en la que se mueven los criterios de distinción entre lo público y lo privado, acaban por relativizar igualmente las clasificaciones subsiguientes y en último término el concepto de Derecho civil. Si para muestra vale un botón, recordemos cómo en ocasiones se cita como el primer texto en el que aparece la noción de “Derecho civil” en nuestro país, la obra de Ignacio JORDAN DE ASSO y Miguel DE MANUEL *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, cuya primera edición está fechada en Madrid a 1775. Este texto, que sirvió como tal en las universidades españolas durante bastantes años, nada tiene que ver en su contenido global con lo que hoy calificaríamos de “Derecho civil”. En la nota inicial (“Al lector”), ya aparece una primera pista del sentido que tiene en la obra la idea de derecho civil (pág. IV, edición citada): “El fin, pues, de estas Instituciones es presentar las verdades, y principios del Derecho Español, ajustados a sus leyes y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica. Esto nos ha obligado a abstenernos de citar Leyes del Derecho Romano...”.

Esta sinonimia entre “Derecho civil” y “Derecho español” por contraposición al “Derecho romano”, aparece nuevamente en la “Introducción”, pág. 73 en donde se trae a colación como principio extraído del *Fuero Juzgo*, “Que solo obliguen las leyes civiles del Reyno y no otras extrañas...”. E implícitamente en los Títulos que contienen los tres Libros en que se divide la obra, entre los que se incluyen algunos como “De los Delitos, y Penas en general” (Tit. XIX, Libro II), “Proporción que establecen las Leyes de Castilla entre los delitos y las penas” (Tit. XX, Lib. II), o los once títulos del Libro III que conforman lo que hoy llamamos “Derecho procesal civil y penal”.

(4) Postula tal arrinconamiento, BULLINGER, M. *op. cit.*, págs. 170 y 171. Esta actitud tiene su justificación en la previa construcción de una nueva categoría (“Derecho común”) superadora de la dualidad (*vide*, págs. 120-156).

1.1.- *La necesidad de elegir un concreto nivel de análisis, como paso previo. Consecuencias de la elección de un nivel técnico*

El círculo cerrado antes descrito, entiendo que debe intentar romperse mediante la búsqueda de sentido actual a la bipolaridad. Y para tal fin es menester ante todo resolver cual es el nivel de análisis en que pretendemos movernos y, por tanto, resolver el problema. El abanico de posibilidades es vasto: se puede intentar una solución desde el plano histórico, o desde uno filosófico, o más concretamente desde uno de lógica jurídica, o desde uno de estricta técnica jurídica (5). Precisamente éste último es el elegido y el que voy a desarrollar en adelante. Ello, ni significa que desdeñe las importantes aportaciones que en la doctrina española y extranjera se han llevado a cabo desde ópticas diferentes, ni tampoco significa que quien esto suscribe crea que este es el plano que agota la explicación de lo que sea el Derecho civil, ni siquiera significa finalmente que éste sea el camino que puede arrojar mayor luz. El concepto de Derecho civil, como cualquier concepto atinente a realidades jurídicas presenta connotaciones ideológicas, socioeconómicas, culturales... etc., y sería una inconsciencia pretender abarcarlas todas en el ámbito técnico en que he decidido situar la investigación. Estamos pues, ante una elección de método que en ningún caso puede abocar en "el" concepto del Derecho civil, sino más modestamente en "un" concepto técnico del mismo.

En otro orden de cosas, la antecitada elección arrastra necesariamente dos secuelas fundamentales e interrelacionadas. Para empezar, tenemos acotado el campo de trabajo. Se trata de averiguar el sentido que tiene, en principio, la dicotomía público-privado en un ordenamiento jurídico concreto y en un instante preciso: el ordenamiento jurídico español vigente. Consecuentemente, cualquier criterio de distinción que siendo técnico no pueda, empero, predicarse de nuestro ordenamiento jurídico, o viceversa, que pueda predicarse de nuestro ordenamiento pero que no sea técnico, carecen de utilidad para nuestra labor. Es de esta forma có-

(5) Este abanico de posibilidades lo advierte, entre otros, PUGLIATTI, S. voz "Diritto pubblico è privato" en *Enc. del Dir.*, vol. XII, pág. 736. Sobre esta base, PUGLIATTI se decanta por la misma vía o método que nosotros, pero los resultados finales acaban siendo harto distintos por dos motivos. Ante todo porque él opera sobre un ordenamiento jurídico distinto como es el italiano. Y en segundo lugar, porque a pesar del punto de partida que toma acaba sirviéndose del criterio del interés, con las contradicciones que de ello resultan.

Antes de PUGLIATTI, ya puso en guardia a la doctrina sobre la variedad de puntos de vista posibles sobre el tema, Georges SCALLE en "Le droit public et la théorie de l'Etat" en *Introduction à l'étude du droit*, tomo I. París. 1951, pág. 23 y ss.

mo pierden trascendencia los tradicionales criterios divisores antes enunciados. En tanto que nociones al margen del ordenamiento, no conformadas por él, son perfectamente marginales en el nivel de análisis adoptado, un análisis que parafraseando a Kelsen podemos decir que es únicamente “intrasistemático” (6).

1.2.- *La noción de ordenamiento jurídico en los textos legales españoles*

Habrá apreciado el lector que, una vez elegida la senda técnica, he comenzado a hablar de “ordenamiento” en lugar de “derecho”, lo que equivale a sustituir la idea de “derecho objetivo” por la de “ordenamiento” en el papel de célula madre antes relatado. Justo es cuestionarse si tal variación terminológica se ciñe únicamente al campo gramatical o si esconde razones jurídico-positivas de importancia.

1.2.1.- *Tratamiento constitucional de las ideas de derecho objetivo y ordenamiento jurídico*

Una ojeada al texto constitucional, pone de relieve la escasa atención que merece la noción de “Derecho objetivo”, si se compara con la dispensada a la de “Ordenamiento jurídico”. Aquel punto de partida del que la doctrina emergía para, remontándose, llegar al Derecho civil, ha sido desplazado por el más técnico de “ordenamiento”. Con éste, se abre —advírtase la trascendencia del hecho— la Constitución (art. 1,1), fijando sus valores superiores. Posteriormente y a lo largo del texto tomamos con el vocablo en los arts. 9,1 96,1 y 147,1. Puestos a ser muy meticulosos puede percibirse, además, una especie de discriminación terminológica entre esa idea “moderna” de ordenamiento y la arrinconada de derecho objetivo (7). Se cifra tal discriminación en que cuando se alu-

(6) Otra consecuencia de este planteamiento es la exclusión del campo de estudio de las creaciones normativas de los particulares, pseudonormas o normas no generales. O sea, todos aquellos casos en que los particulares crean reglas de conducta carentes (por ser creadas por ellos) de la nota de “generalidad” pero que sin embargo son aplicables por el Juez para resolver un conflicto de intereses entre las partes que las crearon. En el ámbito del ordenamiento civil, el ejemplo paradigmático es el contrato que actúa como regla de conducta entre las partes contratantes, ya que *ex art. 1091 C.c.* tiene “fuerza de ley” entre ellas. Junto al contrato, podemos citar el testamento, o el convenio colectivo. Tomando éste como base Widar CESARINI SFORZA, calificó al conjunto de tales reglas como “Derecho de los particulares” (*Diritto dei privati*), en su obra *Il diritto dei privati*, cuya primera edición es de 1929. En la pág. 3 de la edición de Milano. 1963, lo define como: “quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse colettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statale”. Esta nota de colectividad, estrecha la noción que con mayor radio de acción he dado al principio.

(7) El calificativo “moderna” aplicado a la idea de “ordenamiento” no deja de ser un eufemismo, ya que la obra de Santi ROMANO *L'ordinamento giuridico* base de la co-

de al conjunto de normas y reglas jurídicas promulgadas a partir de la Constitución y de ámbito estatal se habla de ordenamiento (Tal sucede en el art. 1,1 en donde “su ordenamiento” es el ordenamiento español; en el 96,1 en el que aparecen unidos “España” y “ordenamiento”; en el 147,1 la unión se da entre “ordenamiento” y “Estado”; y por último, en el 9,1 en el que el ligamen se plasma entre “Constitución” y “resto del ordenamiento”), mientras que cuando el texto constitucional debe referirse a conjuntos normativos vigentes anteriormente a su entrada en vigor y de ámbito aplicativo no estatal sino “especiales” territorialmente hablando, se adopta la palabra “Derechos” (Así, el art. 149,1, 8ª habla de “derechos civiles, forales o especiales”; la Disposición Adicional Primera, de “derechos históricos de los territoriales forales”; y la Disposición Adicional Segunda, de “derechos forales”). Excepción a lo dicho la constituye el último inciso de esa Disposición Adicional Segunda, al reconducir las “situaciones amparadas por los derechos forales” al “ámbito del Derecho privado”. Aquí, lo coherente con la regla que parece derivarse de lo anterior hubiera sido el referirse al “Ordenamiento Privado”. Pero de esta excepción al criterio general de dicción en la Constitución se derivan, por otra parte, dos distintas pero igualmente importantes consecuencias. Estudiémoslas.

La primera se resume en la conexión existente entre el léxico constitucional y el principio también consagrado constitucionalmente de la “unidad” o “individualidad” del ordenamiento (arg. art. 96,1 se refiere al “ordenamiento interno”; y art. 149,1 al reconducir los Estatutos de Autonomía al ordenamiento, como partes integrantes). Esa conexión, permitiría afirmar que si el ordenamiento es “uno”, sólo a él —a la totalidad de él, habría que enfatizar— puede denominársele de este modo. Claro es, que la unidad de un ordenamiento no se empaña porque en su seno coexisten subordenamientos a los que en sí mismos quepa calificar de ordenamientos. Pero, reitero, que la impresión que el intérprete extrae de la lectura constitucional sólo se explicaría por la razón apuntada.

La segunda consecuencia anunciada es de mayor trascendencia en tanto en cuanto sirve de soporte, desde un punto de vista formal, a la búsqueda de sentido al binomio público-privado. No es posible alegar la inutilidad de esa tarea puesto que existe un precepto constitucional

rriente institucionalista, fue publicada en los años 1917 y 1918 en dos fascículos de los *Annali delle Università toscane*, si bien la influencia en España se produjo a través de la segunda edición en un solo volumen fechada en Roma. 1945.

Sobre el concepto de ordenamiento jurídico, cfr.: MODUGNO, F. voz “Ordenamiento jurídico (dottrine)” en *Enc. del Dir.*, vol. XXX, págs. 678-736, y en la misma obra y volumen, FROSINI, V. voz “Ordenamiento jurídico (filosofía)”, págs. 639-654.

en el que se utiliza uno de los elementos del binomio (“Derecho privado”; Disposición Adicional Segunda), presuponiéndose el otro ya que el uno se define por exclusión del segundo (privado, equivale a no público). Dicho de otra forma, a partir del texto constitucional la indagación por parte del intérprete del sentido de la bipartición público-privado no puede en ningún caso ser tildada de una actividad meramente teórico-dogmática o sólo pedagógica, puesto que se trata de una actividad tendente a dotar de contenido a una regla constitucional. Es, en suma, una tarea de integración constitucional (8). Y el concepto de Derecho privado o el de Derecho público han accedido, sin duda alguna, a la categoría de conceptos jurídico-positivos (9).

Retornando a la dialéctica ordenamiento-derecho, y con las salvedades que hemos visto deben hacerse, cabe concluir que la actitud de la Constitución no puede enjuiciarse simplemente como de desplazamiento terminológico de la segunda palabra por la primera. Como han apuntado voces autorizadas, en el fondo de la cuestión late el positivismo normativista. En nuestra “Carta Magna” existe una evidente concesión al mismo, del que son buena prueba las ideas de “totalidad” (patente en el art. 9,1 *in fine*) de “completitud” (arg. arts. 1,4 y 1,7 del Código civil) y de “individualidad” o “unidad” (los ya citados arts. 96,1 y 147,1 Constitución). Tan cierta es esta concesión como su amortiguación en el mis-

(8) Por otra parte, nuestra Constitución adolece de patentes deficiencias sistemáticas por lo que respecta al derecho privado. La razón puede encontrarse, por un lado en el escaso interés que la civilística española de los últimos años había mostrado, en general, por aquellos temas que no tuvieran su engarce en el Código civil lo que provocó un vacío dogmático importante, una escasez de aportaciones doctrinales al respecto. Y por otra parte, y seguramente como consecuencia de lo anterior, la no participación de iusprivatistas en la Comisión encargada de redactar el proyecto constitucional.

Las normas constitucionales pertenecientes al ordenamiento privado, se hallan dispersas entre el Título Preliminar y otras sedes como el Cap. II del Título I, Sección 2ª (v.gr.: art. 32, derecho a contraer matrimonio; art. 33, derecho a la propiedad privada y a la herencia... etc.), o el Capítulo III (art. 39,2 igualdad de los hijos ante la ley...), etc.

Esta situación mereció el comentario siguiente de Pietro RESCIGNO (En: “Coloquio de Roma sobre la Constitución española” en *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*. Roma. 1982, recogido por Manuel Medina, pág. 102): “...defectos en el texto constitucional, resultantes de una pobre sistematización del derecho privado, que aparece recogido en forma dispersa entre el Título preliminar y otras secciones de la Constitución”. Y en págs. 108-109. “Quizá la principal característica de la regulación del derecho privado en la Constitución española de 1978 sea su exhaustividad. Si la Constitución de la República democrática alemana parece que ha sido redactada con la preocupación de no decir demasiado, se diría que el constituyente español de 1978 tiene el temor de decir poco”.

(9) Ya no ha lugar a plantear el dilema que esbozaba GARCIA PELAYO, M. *op. cit.* págs. 979-981, sobre el carácter de los conceptos de derecho público y privado, sobre su carácter jurídico-positivo o sobre su matiz apriorístico o formal.

mo art. 1,1 Constitución, cuando se sitúan como valores superiores del ordenamiento español, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Esta autointroducción de factores valorativos, rompe con la idea de que el “ordenamiento jurídico vale porque es”, suplantándola por la de que “vale en tanto que expresión de esos cuatro valores” (10).

1.2.2.- *El influjo institucionalista en la legislación y doctrina administrativista*

También es de sobras conocido que la noción de ordenamiento jurídico no fue introducida en nuestro ordenamiento —y valga la redundancia— por la Constitución de 1978. Con anterioridad, había hecho su aparición en el terreno administrativo, particularmente en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, en una doble sede. En una normativa, en el art. 83,2 al afirmar que “La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico...”. Y en la *Exposición de Motivos*, en el apartado IV (“Objeto de recurso contencioso-administrativo), epígrafe 5, tercer párrafo, en donde al comentar la estimación o desestimación de la pretensión del actor se dice que la “conformidad o desconformidad del acto” va referida “genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encie-

(10) *Vide*: HERNANDEZ-GIL, A. “El ordenamiento jurídico en la Constitución española de 1978” en *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*. Roma. 1982, pág. 13: “Esto significa, sin duda alguna, la superación del positivismo estricto en su significado formalista...”. Para, posteriormente acabar afirmando (pág. 16) que: “Se acerca la Constitución a una posición iusnaturalista... El ordenamiento no se justifica o legitima por sí mismo o por proceder del Estado, sino por su acomodación a unos valores reputados constitucionalmente como superiores...”.

A pesar de ello, el que se sitúen una serie de “valores” como pilares de un concreto ordenamiento jurídico no puede, por sí solo, inducir a pensar que la Constitución es un texto iusnaturalista. Lo sería en la medida en que reconociera como “valores” superiores algunos ajenos a ella, pero la libertad, la igualdad, y el pluralismo político del art. 1,1 son la libertad, igualdad y pluralismo político que se configuran y desarrollan posteriormente en el texto de la Constitución, y la justicia no es “cualquier idea” de la misma, sino la que se deriva de la aplicación de la Constitución y el resto del ordenamiento como refleja el art. 24 de la misma. Nótese la diferencia con respecto al Proyecto de Constitución Federal de la República española de 17 de julio de 1873 en cuyo Título Preliminar se leía: “Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales: 1º El derecho a la vida... 2º El derecho al libre ejercicio de su pensamiento... etc.”. Y finalizaba ese Título: “Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva”.

rra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones” (11).

1.2.3.- La reforma del Título Preliminar del Código civil: las fuentes del ordenamiento

A pesar de lo hasta ahora visto, la más espectacular acogida de la noción que nos ocupa fue la operada por la reforma del Título Preliminar del C.c. en el año 1974. Ya en la *Ley de Bases* para la modificación, el art. 2 Primera Base, discurría en estos términos: “Se enumerarán de modo directo, sistemático y jerarquizado las fuentes del ordenamiento jurídico...”. Y en el texto definitivamente aprobado y promulgado, junto al mantenimiento en el encabezamiento del Capítulo I del término “Derecho” (“Fuentes del Derecho”), en el desarrollo articulado aparece machaconamente la palabra “ordenamiento jurídico”: arts. 1,1 *in fine*, 1,4 *in fine*, 1,5 (ordenamiento interno), 1,6 y 6,4. Sin duda, donde es más paradójica la circunstancia es en el art. 1,1 al aludir a las “fuentes del ordenamiento jurídico” siendo que el encabezamiento —dicho quedó— reza “Fuentes del Derecho”. La pregunta surge inmediatamente: ¿se está describiendo una misma realidad en ambos casos? O por el contrario, ¿se pretende distinguir o diferenciar las ideas de Derecho objetivo y Ordenamiento jurídico? Aquí, la investigación ofrece dos vertientes: lo que se pretendió por parte del legislador de la reforma, y lo que efectivamente resulta en el texto legal. Desde la primera, parece que no deben existir dudas sobre el uso no contrapuesto, no antagónico, de los dos términos (12). Desde la segunda, no sería descabellado ensayar su diferenciación.

(11) El corte “institucionalista” de la frase es tan obvio que ahorra mayores comentarios. Como se ha puesto de manifiesto antes de ahora, fue precisamente la doctrina administrativista quien introdujo el institucionalismo de Santi ROMANO en España. Como decía en la nota 7, tomando como base la 2ª edición de su obra, Sebastián y Lorenzo MARTIN RETORTILLO la tradujeron y realizaron un “Estudio preliminar sobre la doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas aplicaciones en el campo del derecho administrativo”, suscrito por el primero y editado en Madrid. 1963.

(12) La posible discusión sobre el sentido de “fuentes del Derecho” y “fuentes del ordenamiento”, la resuelven en idéntico sentido dos miembros de la comisión de reforma del Título Preliminar. HERNÁNDEZ-GIL, A. *op. cit.*, pág. 12, manifiesta que cuando se utilizó el término “ordenamiento” no se hizo apoyándolo en sustrato filosófico alguno. Y VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. en “La expresión *fuentes del derecho y ordenamiento jurídico*” en *Anuario Der. Civ.* 1981, pág. 827, aclara que la sección, no quiso darle un matiz de positivismo normativista a la expresión, añadiendo: “Menos aún se la pudo dar el proponente del texto, el propio D. José Castán que siempre se mostró iusnaturalista y que nada tenía de kelseniano, ni veía por los ojos de los administrativistas admiradores de Santi Romano, sino con los suyos propios de civilista...”. Todo lo cual, no obsta para

Podría por este camino sugerirse que, mientras que las fuentes del derecho son los modos típicos de expresión de la juridicidad, las del ordenamiento son más concretamente los modos típicos de expresión de una categoría de juridicidad: aquella que se articula mediante reglas de conducta de ámbito general. Son estas últimas, la ley, la costumbre y los principios generales, mientras que las primeras (fuentes del derecho) serían el resultado de adicionar a las del ordenamiento aquellos negocios generadores de normatividad *inter partes* o pseudonormatividad —como decíamos en la nota 6— como el contrato, el convenio colectivo, o el testamento. Pero esta sutil distinción no deja de ser un juego de prestidigitación, ya que no es de recibo, con tan solo observar el contenido de los arts. 1,1 y 2 del C.c. que forman el Capítulo I y en los que no hay asomo de esas hipotéticas fuentes de juridicidad no generales. Quede el hecho, por tanto, como un intento teórico por distinguirlas sin respaldo legal alguno en el C.c.

Llegados a este punto, y como conclusión de este epígrafe 1.2 hay que convenir que la adopción como punto de partida de la idea de ordenamiento en lugar de la de derecho, viene impuesta por dos razones: la metodológica justificada en el epígrafe 1.1; y la recepción constitucional del término, a pesar de que con tal variación no pretendiera el legislador expresar mucho más que con la vieja noción.

2.- A LA BUSQUEDA DE UN CRITERIO TECNICO DE DISTINCION ENTRE EL ORDENAMIENTO PUBLICO Y EL PRIVADO

Lo hasta aquí expuesto nos ha colocado en disposición de plantear uno de los interrogantes nucleares de este trabajo: ¿Existe algún criterio apto para subclasificar el ordenamiento jurídico español, que sea interno al mismo y lo escinda en dos sectores sin áreas de superposición?

2.1.- Inutilidad del criterio de “materia”

Por de pronto, hay que descartar que pueda cumplir tal función el criterio de la “materia”. Sostener que ordenamiento privado y público se corresponden en cuanto a contenido regulador a materia privada y pública respectivamente, constituye un circunloquio que, como todos, nada esclarece. Porque en tal caso, el *quid* se traslada a la distinción en-

que reconozca que el cambio de dicción “se adecúa fácilmente a la concepción jurídica dominante. Hoy, el positivismo y el formalismo... continúan dominando”.

tre lo que sea una y otra materia, siendo que no existe precepto legal que lo posibilite; pues, tanto el art. 148 como el 149 de la Constitución enumeran diferentes "materias" o contenidos del ordenamiento jurídico español, pero sin adscribir las a uno u otro bloque. Simplemente, fijan los criterios de competencia estatal o autonómica. O sea, el criterio de la materia es un criterio competencial que en nada afecta a la bipartición que intentamos descifrar (13). Es más, ni siquiera como criterio competencial es utilizado con rigor puesto que no logra evitar múltiples áreas de superposición. Aunque no debamos extendernos en ello ahora, piénsese en el art. 149,1, 8ª que sitúa como "materia" la "legislación civil" en tanto que otros números de ese mismo artículo 149,1 aluden a "materias" sobre cuya pertenencia al ordenamiento civil parece que no hay duda: 2ª (Nacionalidad), 9ª (propiedad intelectual), 22ª (aprovechamientos hidráulicos...), 23ª (protección del medio ambiente, en su vertiente no pública), 25ª (minas).

2.2.- *El criterio de la atracción reguladora de un conjunto de normas sobre otras*

En mi opinión, el único criterio que permite clasificar el ordenamiento jurídico español y que cumpla los dos necesarios requisitos de que sea interno al mismo y lo escinda en dos áreas no superponibles, es el de la atracción reguladora de unos conjuntos de normas en detrimento de otras.

Dentro de la noción clave de "atracción reguladora", y para explicar su contenido, hay que diferenciar dos posibles niveles de operatividad, dos formas de actuar que configuran otras tantas formas de atracción.

(13) En tanto que criterio competencial, puede servir para subdistinguir dentro del ordenamiento civil los diferentes ordenamientos especiales territorialmente hablando. Es lo que hace BADOSA COLL, Fernando en "L'ambit del dret civil català" en *Materials de les II Jornades de Dret català a Tossa*. 1982, págs. 24-28.

En otras ocasiones el criterio de la materia se utiliza de diferente manera: se intenta llevar a cabo un elenco de "materias" cuya regulación será civil, mercantil... etc. Al apriorismo de este método se suma la imposibilidad de hallar alguna "materia" que sea exclusiva y rigurosamente objeto de regulación por un sólo sector del ordenamiento. Por ejemplo, piénsese en el matrimonio y en su normación civil, laboral, fiscal, incluso mercantil... etc. De ahí que todos los conceptos derivados de tal planteamiento sean meramente aproximativos, como el que daba VASALLI, F. del derecho civil en "Motivi e caratteri della codificazione civile", en *Studi Giuridici*, vol. III, 2 Milano. 1960, pág. 641 nota 1: "El derecho civil es, más concretamente, la disciplina o regulación de la vida del hombre en las relaciones determinadas por la procreación, por la sociedad conyugal y por la actividad económica...".

2.2.1.- *La atracción impropia*

Puede suceder que la atracción de una norma o conjunto de ellas se produzca porque esa norma o conjunto sea/n la única del ordenamiento que contemple el supuesto de hecho que ha tenido lugar.

En puridad, no puede decirse que en tales eventos exista el fenómeno que he denominado “atracción reguladora”. Lo que ocurre en tales casos tiene que ver únicamente con el juego ordinario de los mecanismos de aplicación de las normas. De ahí que califiquemos la hipótesis como de “atracción impropia”. La “impropiedad” significa que cuando tiene lugar la atracción (es decir, se aplica la norma o conjunto en cuestión) no se provoca la residualidad de otra u otras normas. Y, ¿qué entendemos por “residualidad”? hablamos de residualidad para describir aquellas ocasiones en que una norma o varias, a pesar de contemplar un supuesto de hecho que se ha producido en la vida real no se aplican, porque otras evitan tal cosa al aplicarse prevalentemente. En la “atracción impropia” no hay residualidad. O lo que es lo mismo: cuando hay atracción impropia, la norma o conjunto que se aplican son las únicas del ordenamiento que contemplan el supuesto fáctico que regulan. Es lo que ocurre, por citar un ejemplo meridiano, con la norma del art. 2,1 del Real Decreto-ley de 18 de marzo de 1977 sobre normas electorales, cuando refiere: “Serán electores, todos los españoles mayores de edad incluidos en el Censo y que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y políticos”. Dándose la hipótesis fáctica que describe ese artículo, resulta que no existe norma alguna vigente en el ordenamiento privado que la contemple, y por ende decimos que la atracción reguladora que en ese caso ejerce el ordenamiento público sobre el privado es impropia.

2.2.2.- *Atracción propia, o atracción que provoca la residualidad del ordenamiento opuesto*

La atracción reguladora tiene lugar efectivamente cuando el supuesto de hecho es hipotéticamente encuadrable tanto en una norma del ordenamiento público como en una del privado. Es entonces, cuando aparece el carácter atrayente del ordenamiento público (se aplica la norma perteneciente al mismo) que opera en detrimento del privado que respecto del primero aparece como residual (no se aplica la norma perteneciente al mismo, a pesar de contemplar el supuesto de hecho producido). Nuevamente, de la mano de un ejemplo la cuestión aparecerá más clara.

Imaginemos un contrato de ejecución de obra entre la Administración y un contratista. El supuesto de hecho es perfectamente subsumible

en dos bloques normativos diferentes: los arts. 1588 a 1600 del C.c. y los arts. 20 a 61 de la Ley de Contratos del Estado. Pero, en caso de producirse tal supuesto ¿cual es el bloque normativo que atraerá su regulación?: el perteneciente a la Ley de Contratos del Estado, el jurídico-público, en tanto queda arrinconada la regulación del C.c. El ordenamiento jurídico-privado queda como residual en el juego aplicativo. Y ello, nótese, no se fundamenta en una posición de supremacía del ordenamiento público sobre el privado dentro del ordenamiento jurídico español. El fundamento reside en la dicción de unos y otros preceptos. Es una razón de técnica legislativa que se plasma en las normas del público: la mayor concreción, la mayor especificidad de los supuestos de hecho descritos en las normas del ordenamiento público en relación a la descripción existente en los de las normas del ordenamiento privado. Así, mientras que la descripción del contrato a que aludíamos ante (contrato de obra), se hace en el ordenamiento privado y más particularmente en el civil en un solo precepto de formulación general (el art. 1588 C.c.), en el público se le dedican numerosos artículos (arts. 20 al 38 de la citada ley) que dan por sentada y rebasan la abstracta descripción del Código civil. Es esta notable mayor precisión en la descripción del supuesto de hecho por parte de las normas del ordenamiento público la que, amén de atraer la regulación, deja a la norma del privado arrinconada —como decía hace un instante— a la espera de que aparezca un supuesto de hecho enmarcable en ella y que además no lo sea en otra más específica. Este es el sentido de la residualidad del ordenamiento privado respecto del público, y que se articula técnicamente en el Código civil por medio de la supletoriedad del ordenamiento civil (privado general, como veremos a no tardar) respecto del público, en el art. 4,3 (14).

2.2.3.- *El factor desencadenante de la atracción: cualificación de la personalidad jurídica*

La mayor concreción de los supuestos de hecho de las normas del ordenamiento público sobre las del privado, que alienta el criterio de la atracción reguladora, presenta un factor desencadenante de la misma. O, en otras palabras, la atracción y/o la residualidad que en una perspectiva general son producto de una mayor y/o menor concreción de los

(14) Más adelante realizaré una serie de precisiones tanto sobre el tema de la residualidad como sobre el de la supletoriedad; epígrafe 5. Además, en la nota 24, traigo a colación la oposición de algún sector de la doctrina administrativista a que el ordenamiento civil sea supletorio del administrativo.

supuestos de hecho de unas y otras normas, tienen una actuación, actúan, a través de una fórmula técnico-jurídica a la que llamo “factor desencadenante de la atracción” o “factor determinante”, que obviamente —de rechazo— lo es también de la residualidad. Y ese factor desencadenante, constituye una cualificación de un factor constante a ambos sectores del ordenamiento (público y privado): la personalidad jurídica (15).

De forma, que los dos ordenamientos en liza tienen como sustrato común el tener como sujeto de imputación a un ente dotado de personalidad, y como segmento diferenciador el de que el privado no exige cualificación alguna a ese sustrato mientras que el público sí la exige. Ese *prius* cualificador de la personalidad del sujeto y desencadenante de la atracción reguladora, varía en función del específico bloque normativo de que se trate dentro del público, pero en todo caso se exige uno. En el ejemplo que acabamos de narrar, la cualificación del sujeto viene dada por la condición de “Administración del Estado” de una parte contratante (art. 1 Ley Contratos Estado). Si confrontamos nuevamente ese artículo con el art. 1588 C.c., podremos observar cómo en éste no se exige cualificación alguna a los sujetos que, sencillamente *ex art.* 32 C.c., deberán gozar de “personalidad”. Lo mismo podemos observar en el campo tributario —por citar otro ejemplo dentro del ordenamiento público— en el que la cualificación aparece bajo el concepto de “responsable del tributo” del art. 37 de la Ley General Tributaria. Cualificación que, a su vez, dentro del propio ordenamiento tributario se divide en “sujeto pasivo del tributo” y “responsable subsidiario o solidario”, y que alcanza significación en cada uno de los impuestos en virtud de la concreta determinación de quienes sean estos sujetos. V.gr.: la Ley 8 septiembre 1978, del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, define en su art. 4 los sujetos pasivos del impuesto o, lo que es lo mismo, la cualificación añadida a la personalidad del sujeto que determina la atracción reguladora de esa ley.

(15) La idea de que es éste el sustrato común aplicativo a ambos ordenamientos y por tanto al ordenamiento español entendido como “uno”, está perfectamente desarrollada en la *Memoria de Derecho civil*. Barcelona. 1978 de Fernando BADOSA COLL, por el momento desventuradamente inédita, págs. 73-77. Partiendo de esta base, la vía que emprende para llegar al Derecho civil es, sin embargo, harto diferente a la que este ensayo propugna.

3.- EL ORDENAMIENTO JURIDICO PRIVADO Y SU ESCISION

Situados en el ordenamiento jurídico-privado, para progresar en la división se impone continuar adoptando el criterio de la atracción reguladora. Aunque el factor determinante de la atracción, a partir de ahora, no puede ser el mismo que opera en la división público-privado ya que tras lo dicho hay que partir de la base alcanzada: en el ordenamiento privado, el sustrato común “personalidad” no precisa de cualificación alguna.

3.1.- *Ordenamiento patrimonial y no patrimonial: la actividad económica y su carácter general como factor desencadenante de la atracción tanto en el seno del ordenamiento público como en el del privado. La constitución económica*

La escisión del ordenamiento privado, hay que hacerla entre el ordenamiento privado patrimonial y el ordenamiento privado no patrimonial. Si ya hemos adelantado que el criterio divisor es el de la atracción reguladora, ¿cuál es el factor determinante de esa atracción?: ese factor, ajeno a la personalidad, atañe al tipo o clase de actividad que desarrolla el sujeto dotado de esa personalidad. Según estemos ante una actividad económica o no, hablaremos de ordenamiento patrimonial o no.

Pero antes de proseguir con el estudio del ordenamiento privado patrimonial, es necesario un inciso o excursión aclaratoria en dos direcciones. Ante todo, para patentizar que no debe olvidarse que este factor (actividad económica), no es predicable como divisor exclusivo del ordenamiento privado. Igualmente, en el público, actúa el factor provocando la misma partición. Si no lo advertí en su momento fue para desbrozar la línea del discurso de elementos de confusión, al exceder este particular de los linderos del análisis que nos debe conducir hasta el ordenamiento civil. Ahora sale a la palestra, para que quede claro cómo al margen de la partición general al ordenamiento español público-privado, existe o puede llevarse a cabo otra distinta división igualmente general: la patrimonial-no patrimonial. Si el punto de partida hubiera sido esta segunda clasificación general —y no existe ninguna razón que lo impida— habría que posteriormente haber procedido a la segunda división: dentro del patrimonial distinguir el público y el privado, y dentro del no patrimonial otro tanto. Como se aprecia, el resultado es el mismo, pues nuestro interés se centraría entonces en el patrimonial-privado y en el no patrimonial-privado, en lugar de —como resulta de nuestra clasificación— en el privado-patrimonial y en el privado-no patrimonial.

Matizado esto, la segunda dirección del inciso se mueve en términos defensivos. Podría contestarse la bipartición patrimonial-no patrimonial, alegando que el factor de la actividad económica que determina la atracción reguladora no es un factor técnico, ni interno al ordenamiento, siendo que desde el inicio del trabajo he sentado como indeclinables premisas tales requisitos. Pero tal contestación no estaría justificada, dado que el factor de la actividad económica no sólo es interno al ordenamiento jurídico español, sino que es tal su trascendencia que el bloque normativo esencial, la Constitución, no sólo lo adopta sino que se encarga de fijar las normas-parámetro, el radio de acción fundamental de ese ordenamiento patrimonial o económico (16). A este grupo de normas constitucionales, se las califica modernamente como la “Constitución económica” o con mayor precisión, como la “Constitución económica formal”, de cuya existencia ya se ha hecho eco nuestro Tribunal Constitucional perfilándola como el conjunto de normas constitucionales destina-

(16) A destacar que aunque en el texto utilice como sinónimos derecho patrimonial y derecho económico, en la doctrina tienen diferente sentido.

Para empezar, es infrecuente el que los civilistas den a la categoría “derecho patrimonial” un radio de acción general al derecho privado y público. Lo corriente es que sea definido en el seno del ordenamiento civil, formando parte de él y no como categoría divisoria general. Así, DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid. 1979, pág. 39.

En relación al Derecho u ordenamiento económico, sobre el mismo, su génesis como idea en la doctrina alemana, su evolución en la española y sus avatares es fundamental el excelente trabajo de Angel ROJO “El Derecho económico como categoría sistemática” en *Rev. Gen. Leg. y Jur.* 1980, págs. 249-284, y la bibliografía exhaustiva allí citada. Es conceptualizado como aquel que contiene un conjunto de normas que ordenan la economía, la actividad económica, por lo que la diferencia con el patrimonial es indudable: mientras que toda norma referida a la actividad económica podemos decir que forma parte del ordenamiento patrimonial, sólo formarán parte del económico algunas de ellas, aquellas que (pág. 270 *op. cit.*) “estén dirigidas —es decir, se refiere primariamente— a la ordenación económica... El contenido del Derecho económico es la constitución jurídico-económica de un espacio político determinado”. Dejando para la siguiente nota el comentario sobre ese contenido (la constitución económica), hay que acabar señalando que en lo que sí se aproximan el ordenamiento patrimonial y el económico es en la heterogeneidad de las normas de uno y otro, de forma que son predicables también del patrimonial las palabras que ROJO (pág. 272) dedica al económico en relación a su “materia”: “es una materia jurídica compartida. No existe una materia propia. El contenido del Derecho económico se integra por elementos del Derecho constitucional (así, por ejemplo, el principio de iniciativa económica), del Derecho civil (v. gr.: el régimen jurídico de la propiedad o del contrato), del Derecho mercantil (así, las estructuras jurídicas de organización de la empresa), del Derecho administrativo (por ejemplo, autorizaciones administrativas de acceso al mercado o para el ejercicio de una determinada actividad económica), del Derecho fiscal (así, beneficios fiscales para la exportación), del Derecho penal (Derecho penal económico) e incluso del Derecho concursal. El Derecho económico engarza estos elementos heterogéneos con arreglo a un nuevo principio sistematizador”.

das “a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica” (17).

3.2.- *La atracción impropia del ordenamiento privado no patrimonial*

Regresando al estricto terreno del ordenamiento privado y en relación a la bipartición patrimonial-no patrimonial, debe puntualizarse el sentido que aquí tiene la atracción reguladora. A primera vista, se detecta cómo en esta división el posible doble juego o intensidad de la atracción reguladora (impropia y propia) reputada en sede de distinción público-privado, no tiene lugar. Y nunca puede tener lugar porque si el factor que desencadena la atracción está constituido por la realización de una actividad económica o no, en ningún caso puede producirse el fenómeno atracción-residualidad, sino simplemente el de mera atracción o atracción impropia que bosquejamos en el epígrafe 2.2.1. Al no existir

(17) La primera ocasión en que el Tribunal Constitucional se refirió a ella fue a raíz del voto particular de un civilista, Luís DIEZ-PICAZO (al que se adhirieron otros dos Magistrados) a la sentencia que resolvía un recurso de inconstitucionalidad de 16 de noviembre de 1981, y en cuyo texto puede leerse en relación al art. 38 de la Constitución: “El precepto ha tratado y trata de introducir, por lo menos parcialmente, lo que se ha llamado una constitución económica. El concepto de constitución económica, designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella, se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, la constitución económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico...” (En: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 7, pág. 507).

Aunque DIEZ-PICAZO, no lo precisara exactamente, se estaba refiriendo a la constitución económica “formal”, concepto que se diferencia del de constitución económica “material” en el rango de las normas que las conforman. Las que componen la primera deben ser necesariamente constitucionales, cosa que no ocurre con las segundas necesariamente pues engloba aquellas normas desarrollo de las constitucionales que forman el Derecho u ordenamiento económico definido en la nota anterior. Esta distinción, tiene una importante consecuencia que es a donde pretende llegar DIEZ-PICAZO: la posible mutabilidad del sistema económico del Estado sin que por ello se altere la constitución económica formal.

Posteriormente, y resolviendo un conflicto de competencias, la decisión de 28 de enero de 1982 del T.C. matizó perfectamente, al reiterar el concepto, la idea de constitución económica formal, diciendo: “en la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en más recientes constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco, implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida...” (En: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 10, pág. 124).

ninguna posibilidad teórica (ni práctica, por supuesto) de subsunción de los hechos reglados en normas del ordenamiento patrimonial (hechos económicos) en normas del homónimo no patrimonial (hechos no económicos), ninguno de los ordenamientos podrá ser residual cuando el otro sea el aplicable, atraiga la regulación. Nuevamente, el ejemplo elemental puede clarificar lo que pretendo decir, con mejor fortuna que las afirmaciones abstractas. Las reglas sobre celebración del matrimonio que contiene el Código civil (arts. 51 a 60), no puede sostenerse que atraen en sentido propio la regulación de tal celebración comercial para el ordenamiento privado no patrimonial, dejando al patrimonial como ordenamiento residual. Lo que ocurre en éste y en parecidos casos, es que el ordenamiento privado no patrimonial es quien exclusiva y excluyentemente regula el supuesto. Las citadas reglas del C.c. son las únicas del ordenamiento jurídico español —estatal, se entiende— que contemplan esos supuestos de hecho.

Puntualizado el tipo de atracción reguladora, la impropia, que ejerce el ordenamiento privado no patrimonial sobre el patrimonial, estamos en disposición de afirmar que esa distinción nos ha llevado a tomar contacto con uno de los dos subordenamientos integrantes del ordenamiento civil: el privado no patrimonial. Se trata, por otra parte, del ordenamiento integrante del civil que parcialmente —aunque en una parte muy importante— tiene en la actualidad una mayor energía y ámbito aplicativo si nos atenemos al art. 13,1 del Código civil que decreta su “aplicación general y directa en toda España” (18).

3.3.- *Ordenamiento privado patrimonial general y especiales*

Si por uno de los bornes de la distinción (ordenamiento privado no patrimonial) hemos alcanzado el ordenamiento civil, no ocurre otro tanto con el otro que debe ser sometido a una nueva mitosis. El ordena-

(18) La afirmación que hago en el texto, no debe hacernos olvidar que el reconocimiento constitucional y estatutario de competencia legislativa a las Comunidades Autónomas —a algunas— en materia de “legislación civil” (art. 149,1,8ª Constitución), plantea un delicado problema de interpretación de los términos “conservación, modificación y desarrollo” del precepto constitucional citado. Me refiero a si el ámbito de competencias en materia civil de las comunidades autónomas que la tengan es ilimitado o no. Sin perjuicio de lo que más adelante expongamos (epígrafe 5 y nota 28), hay que concluir que si entendemos que el ámbito es ilimitado (cualquier materia “civil”) el art. 13,1 y la afirmación hecha en el texto quedarían invalidadas: el ordenamiento privado no patrimonial no sería —como es, sin duda, ahora— el de mayor energía y ámbito aplicativo porque puede llegar a estar formado por el sector correspondiente del C.c. y leyes especiales por un lado, y por el otro por el sector hipotético no patrimonial de los ordenamientos civiles especiales.

miento privado patrimonial se fracciona en dos categorías, que no dos ordenamientos: general y especial. El primero, constituye un ordenamiento pero la categoría “especial” engloba diversos, unidos por su contraposición al ordenamiento privado patrimonial general. Por ello, a partir de ahora cuando hablemos de ordenamiento patrimonial “especial” lo haremos no como categoría genérica sino refiriéndonos a uno cualquiera de los que forman aquella.

El criterio de división general-especial, sigue siendo el de la atracción reguladora, que además funciona en sentido propio. Ello permite contemplar al privado patrimonial especial como atrayente y al privado patrimonial general como residual. Esta situación, tampoco en esta ocasión, nada tiene que ver con la consideración valorativa de ambos ordenamientos. Lejos de existir una situación de supremacía, la causa debe buscarse —como sucedía en el binomio público-privado— en la técnica de elaboración de unas y otras normas. Las del especial, delimitan y especifican mayormente que las del general, los supuestos de hecho a los que se encaminan. Esta identidad de razón técnica que subyace a la tensión público-privado y a la privado patrimonial especial-privado patrimonial general puede inducir a creer, falsamente, que la frontera entre el ordenamiento público y el privado patrimonial especial es borrosa. Y he dicho que falsamente, porque en el ordenamiento privado patrimonial especial, el factor que determina su carácter de “privado” es precisamente la carencia de aquel que hace que el público sea tal: la cualificación de la personalidad. De manera, que siempre que exista el factor desencadenante de la atracción del público (siempre que exista esa cualificación de la personalidad), aunque sobre él se superponga el factor desencadenante de la atracción reguladora del ordenamiento patrimonial (la actividad económica), el atrayente con preferencia será el público. En otras palabras, la existencia de unas categorías globales, genéricas, de las que hemos partido para ir descendiendo a otras de menor contenido insertas en las primeras, condiciona o determina una jerarquización de los factores desencadenantes de la atracción, en el orden que los hemos ido enunciando. Al final del epígrafe 3.3.2., intentaré un esclarecimiento mayor, de la mano de un ejemplo.

3.3.1.- *El factor determinante de la atracción: cualificación de la actividad económica*

En la dualidad (dentro del privado patrimonial), general-especial, el criterio de la atracción reguladora del segundo sobre el primero viene determinado —como en el público-privado— por una cualificación. Se

separan, en el objeto sobre el que recae aquella: sobre la actividad económica. Luego, el factor determinante de la atracción del ordenamiento privado patrimonial especial sobre el general incide sobre el factor desencadenante de la atracción impropia del ordenamiento patrimonial sobre el no patrimonial, concretándolo, determinando exactamente sus perfiles. La actividad económica nos conduce al ordenamiento patrimonial, y el concreto tipo de actividad (cualificación de la actividad) nos sitúa dentro de él en un concreto ordenamiento especial.

Puede comprenderse por esta vía la aleatoriedad histórica del contenido de la categoría “ordenamientos privados patrimoniales especiales”, enlazado al desarrollo de las diferentes actividades económicas. Si el desarrollo de estas diferentes actividades provoca una “especialización” de las mismas, y los sujetos o grupos que las encabezan necesitan de instrumentos jurídicos específicos y tienen el poder político, directo o mediatizado, suficiente para obtenerlos, irán apareciendo primero como necesidades de política legislativa y posteriormente como auténticos ordenamientos, conjuntos normativos que cristalicen desde el plano jurídico la “sectorialización” de la economía de un Estado. Esta es, a grandes rasgos, con la simplificación inherente, la pauta histórica común a los tres ordenamientos privados patrimoniales especiales de los que puede hablarse en nuestro ordenamiento. El que su número se estanque o, por contra, vayan apareciendo nuevos ordenamientos patrimoniales especiales en el futuro, depende del rumbo económico del porvenir y de los condicionamientos políticos-jurídicos reseñados.

3.3.2.- *Breve reseña de los ordenamientos privados patrimoniales especiales: mercantil, laboral y agrario*

Descendiendo a estos tres ordenamientos aludidos, sus contornos pueden señalarse con brevedad en estos términos (19):

A) Ordenamiento mercantil

El factor desencadenante de la atracción de éste sobre el patrimonial privado general (que es, digámoslo ya, el subordenamiento que sumado al privado no patrimonial, conforma el civil en su totalidad) o civil-patrimonial viene configurado legalmente como la realización de una ac-

(19) Por razón del método adoptado y por los límites materiales de lo que debe ser un artículo de revista, me he decidido por no reproducir en cada uno de los tres apartados que siguen y que corresponden a los ordenamientos privados patrimoniales especiales, la extensísima bibliografía sobre el origen y vicisitudes de cada uno de ellos.

tividad económica susceptible de ser catalogada como “acto de comercio”, *ex art. 2 del Código de comercio*. El ejemplo tópico de esa atracción (especial) - residualidad (civil-patrimonial) la exterioriza el contrato de compraventa, conceptuado en el art. 1445 C.c. como una actividad económica de intercambio de bienes por dinero, y que el art. 325 del C. de c. se encarga de reducir ostensiblemente al especificar con la exigencia de diversos requisitos (cosas muebles, reventa, ánimo de lucro...) el supuesto de hecho contenido en el C.c. Como resultado de esa mayor concreción, aquellas compraventas que sean reconducibles al art. 325 C. de c. serán atraídas por la regulación del ordenamiento mercantil (patrimonial-especial), dejando en posición residual el supuesto del ordenamiento civil-patrimonial, ya que —como dicho quedó al definir la residualidad— a pesar de que teóricamente sea subsumible en él el evento producido (compraventa), la norma es inaplicable porque exista otra que se ajusta con perfección al mismo.

B) Ordenamiento agrario

La realización de actividades económicas en ese sector de la producción constituye el factor determinante de la atracción. Actividad que es explícitamente calificada como “sectorial” (la agricultura como sector económico) en el art. 130,1 de la Constitución. Este artículo pone de manifiesto, en otro orden de ideas, que no toda actividad económica calificada, no todo sector económico, goza de un ordenamiento patrimonial especial ya que se citan en el mismo una serie de ellas huérfanas de normativa “especial” propia, como la pesca o la artesanía. Es un refrendo más de la aleatoriedad que afirmábamos de estos ordenamientos privados patrimoniales especiales.

Centrándonos en el agrario, las nociones de “aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal” (art. 1 Ley Arrendamientos Rústicos) son las llaves de paso, o, por decirlo en los mismos términos que hasta ahora hemos adoptado, son las cualificaciones requeridas a la actividad económica. Y el paradigma de la atracción-residualidad aparece también en ese art. 1. L.A.R. en contraste con el art. 1546 y ss. C.c. (arrendamiento rústico, frente al arrendamiento en general, o incluso frente al arrendamiento rústico que el C.c. contempla). Pero en este cuadro general, aparece en el art. 14,1 de la L.A.R. el concepto de “profesional de la agricultura” como exigencia necesaria para los arrendatarios y subarrendatarios rústicos. Concepto que, en una primera aproximación, enturbia la situación sistemática del ordenamiento agrario en el ámbito del ordenamiento privado. Podría sostenerse que estamos ante una calificación de la personalidad (“profesional de la agricultura”), y que en tal caso

resultaría que el ordenamiento agrario formaría parte del ordenamiento público, por cumplir con el factor desencadenante de la atracción reguladora. Empece tal razonamiento la circunstancia de que la “profesionalidad” agrícola requerida no puede entenderse que sea una cualificación de la personalidad. En efecto, si leemos el art. 15 de la L.A.R. nos apercibiremos de que en realidad no pasa de ser una fórmula para designar la actividad agraria personalizándola en quien la lleva a término: “...vaya a dedicarse de manera preferente a actividades de carácter agrario y se ocupe...”, dice el art. 15, a).

C) Ordenamiento laboral

El art. 1,1 del Estatuto de los Trabajadores define el factor determinante de la atracción, como una actividad económica cualificada por los datos de que se presten unos servicios “voluntariamente” y “retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominados empleador o empresario”.

No podía faltar tampoco en este ordenamiento patrimonial especial, el paradigma de atracción-residualidad respecto del patrimonial-civil: la que se produce entre las normas reguladoras del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 1 a 60) y los arts. 1583 y ss. del C.c. reguladores del arrendamiento de servicios. Esta atracción reguladora sólo lo es del ordenamiento laboral en relación al privado patrimonial general (civil), nunca actúa —y con ello paso a referir el ejemplo que prometí en el epígrafe 3.3— en relación al ordenamiento público. Este último ordenamiento es el que atrae siempre la regulación dejando como residual al privado, ya sea éste general patrimonial (civil) o especial (en nuestro caso, laboral). Planteemos una hipótesis práctica: una relación subsumible en el citado art. 1,1 E.T., pero en la que al mismo tiempo uno de los sujetos intervinientes sea titular de una de las cualificaciones de la personalidad que actúan como factor determinante de la atracción del ordenamiento público, como es la de ser “funcionario” (art. 1 Ley de Funcionarios civiles del Estado de 7 febrero 1964). Puestas de este modo las cosas, el ordenamiento atrayente será siempre el público, y el residual en primer grado el laboral, mientras que el civil será residual en segundo grado (residual del residual). Es decir, la fuerza atractiva del ordenamiento laboral sólo actúa frente al patrimonial-civil permitiéndolo relegarlo (segundo grado), pero sucumbe ante la fuerza atractiva del ordenamiento público. Este mecanismo de atracción, ha sido puesto en evidencia sin titubeos por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 27 de julio de 1982, declarando la nulidad del Decreto 83/1981 del

Gobierno vasco y separando —entre otras muchas argumentaciones, claro es— al funcionario como sujeto con estatuto de tal (cualificación de la personalidad) del simple trabajador, y haciendo primar la atracción reguladora de las normas relativas a tales funcionarios sobre las relativas a la actividad laboral (20). Por último, esta circunstancia nos corrobora la existencia, ya anunciada en el epígrafe 3.3, de una jerarquía entre los distintos factores determinantes de la atracción a cuya cabeza se sitúa el factor propio del público, relativizando todos los restantes.

3.4.- *La presión histórica de los ordenamientos privados patrimoniales especiales sobre el civil. Claves de interpretación*

Una vez hecha la presentación de los tres ordenamientos privados patrimoniales especiales que junto al patrimonial privado general (patrimonial-civil) conforman el total ordenamiento privado patrimonial, es casi obligado salirse —aunque con brevedad— de la línea metodológica seguida hasta este punto, con la finalidad de abordar la situación actual de la dicotomía civil-especiales y sus previsibles relaciones futuras.

Decía, que el que el número de esos ordenamientos especiales se mantenga o aumente depende de que la sectorialización de la economía precise o no de instrumentos jurídicos propios y diferenciados. Esta posible, e incluso previsible, expansión, lo mismo que la ya realizada históricamente con la aparición de los ordenamientos mercantil, laboral y agrario, ha provocado un efecto de presión sobre el residual ordenamiento patrimonial-civil. Este ordenamiento, ante el empuje de los especiales, ha ido cediendo áreas de regulación a aquellos. Es por esto, que no es descabellado mantener que el ordenamiento civil actual es un resto, un residuo de lo que fue antes de aparecer aquellos tres ordenamientos. Esta “residualidad” es absolutamente diferente de la hasta ahora descrita, pues carece de entidad técnica (no es el fruto del juego aplicativo de las normas), teniéndola sólo valorativa. Y además, valorativa en relación a lo que en un determinado momento histórico fue el ordenamiento civil. Esta “residualidad”, que a principios de este siglo —y a mediados— se calificó alarmistamente de “crisis del derecho civil” (21), para poder ser entendida debe enfocarse bajo dos claves interpretativas (dando por

(20) Cfr.: en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 18, págs. 821-833.

(21) Sitúan la crisis en sus justos linderos: JORDANO BAREA, J.B. “Concepto y valor del derecho civil” *Re. Der. Priv.* 1962, págs. 715-737, pág. 734: “Se trata de la crisis de un derecho histórico. La crisis, tanto la general como la del Derecho civil es un hecho histórico-cultural...”; Para DE CASTRO, F. *Derecho civil de España*, tomo I, pág. 125

sentado que el razonamiento va referido exclusivamente al ordenamiento español).

3.4.1.- *Relatividad y parcialidad del fenómeno*

La primera clave se centra en poner de relieve la relatividad y la parcialidad del fenómeno descrito antes. La presión de los ordenamientos privados patrimoniales especiales sólo se ejerce sobre una parte del civil, sobre uno de los dos subordenamientos que lo componen: el patrimonial-civil. El patrimonial civil, efectivamente, ha visto mermada su entidad en varios aspectos merced a las podas a que lo han ido sometiendo los especiales; pero el otro subordenamiento conformador del civil (el privado no patrimonial) no ha recibido presión alguna de aquellos.

Y esa poda parcial que ha sufrido el ordenamiento civil, implica un juicio histórico, puesto que el punto de referencia para poder hablar de uno u otro contenido hay que fijarlo en algún momento histórico. Y esa elección es, en todo caso, arbitraria. ¿Porqué tomar como punto de referencia el *Corpus* de Justiniano, o los Códigos civiles de finales del XVIII y del XIX?, ¿De verdad hay alguna razón abstracta que avale la afirmación de que el ordenamiento civil-tipo sea uno u otro?, ¿No será mas cierto que el único ordenamiento civil-tipo es el que en cada etapa de la evolución legislativa exista? Es por ello, que en lugar de enjuiciar la situación actual, desde esta perspectiva, como de "crisis" del ordenamiento civil, hay que decantarse por hablar de crisis de los contenidos normativos propios del ordenamiento civil en uno u otro momento histórico, o mejor aún, de mutabilidad histórica de los contenidos de cualquier ordenamiento jurídico (22). Posición que, aventurándose un paso

nota 6: "La crisis del Derecho civil es una manifestación refleja de la experimentada por el pensamiento europeo moderno y por el positivismo jurídico instaurado bajo su influjo"; HERNANDEZ-GIL, A. "Reflexiones sobre el futuro del derecho civil" *Rev. Der. Priv.* 1957, págs. 1175-1181, afirma (pág. 1179) que "La expresión *crisis del derecho civil* se ha generalizado peligrosamente; a mi juicio, infundadamente. Los que así piensan lo hacen en nombre de un relativismo histórico".

Una de las manifestaciones de la pretendida crisis, ha sido apreciada al margen de la presión de los ordenamientos privados patrimoniales especiales, y centrada en la presión del ordenamiento público sobre el civil, bajo el calificativo de "publicitación" del ordenamiento civil o en general del privado. Sobre el tema en España, cfr.: VILLAR Y ROMERO, J. M^a "La transformación del derecho privado en derecho público" *Rev. Der. Priv.* 1943, págs. 411-431. Y en general sobre este fenómeno y el de la "socialización", vide: GIORGIANNI, Michele "Il diritto privato ed i suoi attuali confini" *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1961, (vol. XV), págs. 321-420; seguido en sus planteamientos por CASCIO, S. Orlando "Il nuovo volto del Diritto Privato" *Riv. Dir. Civile.* 1964, vol. II, págs. 65-76.

(22) Ya en el año 1921, Demófilo DE BUEN ("Sobre el concepto del derecho civil" *Rev. Der. Priv.* 1921, págs. 161-171), al referirse a la formación del derecho civil, señala-

más, acaba por concluir que el ordenamiento civil —como cualquier ordenamiento— carece de un contenido apriorístico tasado o, como afirma la doctrina española en contra de lo aquí dicho, que carece de unos valores inmutables y permanentes (23).

3.4.2.- Ampliación, en dos frentes, de la entidad del ordenamiento civil

La segunda clave, nos va a permitir constatar cómo, al lado de la merma descrita, ha tenido lugar una ampliación de la entidad del ordenamiento civil. Ampliación que tiene dos frentes: uno cuantitativo y otro cualitativo.

El cualitativo se produce en el subordenamiento patrimonial del ordenamiento civil. Junto a la existencia de no escasas normas patrimoniales-civiles no alteradas en su funcionamiento por presión alguna de los ordenamientos especiales patrimoniales, hay que juzgar como trascendental el que en los campos en que éstos son atrayentes el ordenamiento civil se mantenga como ordenamiento patrimonial básico. Traducción técnica de esta situación es la supletoriedad. O sea, frente

ba: "... se ha elaborado a la inversa; no es un producto de asimilación, sino un resto de desasimilación. Hoy no constituyen por ello su contenido un conjunto de problemas o de instituciones agrupadas en torno a ciertos principios con fuerza atractiva suficiente, sino todos aquellos problemas e instituciones de los que no han querido o no han sabido adueñarse las nuevas disciplinas desgajadas, con vida propia, del viejo tronco". A destacar la utilización de la palabra "resto" (residualidad, por ende) en el sentido histórico-relativo a que me refiero en el epígrafe 3.4 y no en el técnico. También habla de "fuerza atractiva" pero tampoco en sentido técnico, como es patente de la mera lectura del pedazo transcrito.

A destacar, a su vez, dos aportaciones sobre esa mutabilidad: HERNANDEZ-GIL, A. *El concepto del Derecho civil*. Madrid. 1949, pág. 9: "No puede abarcarse en una fórmula global, universalmente válida la definición del Derecho civil..."; y Antonio POLO "Las transformaciones del derecho privado" *Rev. Der. Priv.* 1934, págs. 356-368, en donde analiza los cambios operados desde el siglo XIX hasta aquellos turbulentos principios de siglo XX.

(23) En contra, o sea, afirmando la existencia de tales valores, citaremos a JORDANO BAREA, J.B. "Concepto y valor del derecho civil" *lug. cit.*, pág. 719: "Sin embargo, por encima del plano histórico del concepto de Derecho civil, existe un plano apriorístico, suprahistórico, desde el cual es dable y hasta necesario contemplarlo en visión más alta para percatarse bien de su valor permanente, connatural a la misma existencia humana, y para comprender mejor el significado de las graves crisis que el viejo y perdurable *ius civile* —tan viejo y perdurable como la humanidad— ha atravesado a lo largo de su accidentada historia"; HERNANDEZ-GIL, A., voz "Derecho civil" en *Nueva Enc. Jur. Seix*, tomo I. Barcelona. 1950, pág. 159 y posteriormente en "Reflexiones sobre el futuro del derecho civil" *Rev. Der. Priv.* 1957, pág. 1179, niega la crisis de tal ordenamiento en base a la existencia de unos "valores permanentes" que encierra el mismo y que sistematiza en cinco apartados (págs. 1179-1181).

a la mayor concreción de los supuestos de hecho que figuran en las normas de los ordenamientos público, y privado patrimonial especial, el ordenamiento civil-patrimonial cubre con sus normas un mayor abanico de posibles supuestos de hecho a regular que cualquiera de los patrimoniales especiales (y en ocasiones, que el público), por lo que éstos se ven necesitados de llenar sus lagunas de normación acudiendo al civil. No sólo es el ordenamiento civil quien prevé esa su "expansión" hacia otros ordenamientos en el art. 4,3 C.c., sino que los propios ordenamientos patrimoniales especiales, y el público, toman en consideración y regulan esa posibilidad que desde su atalaya es una "incursión" o "invasión" de un ordenamiento ajeno en su ámbito. Para el público, basta con citar el art. 4 en sus números 1, 2 y 3 B) de la Ley de Contratos del Estado en el que la remisión se realiza al "Derecho privado" (24), y para los

(24) A resaltar que, sin embargo, en el campo del Derecho administrativo existe una corriente que tiende a negar al ordenamiento civil ese carácter. Así, estando vigente el derogado art. 16 del C.c. ("En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código"), GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 33, negaban la calidad de "especial" del Derecho administrativo a los efectos del mencionado precepto del C.c. Lo mismo hacía VILLAR PALASI; J.L. *Derecho Administrativo*. Madrid, 1968. pág. 65, pues no admite que el Derecho civil sea supletorio del administrativo. En parecidos términos, GARCIA TREVIANO, J.A. *Tratado de Derecho administrativo*. Madrid. 1964, tomo I, pág. 329: "El relleno de un vacío no procede siempre, como se cree, del derecho civil"; y aboga por la integración de las lagunas del derecho administrativo "por normas de ramas jurídicas similares a las que se trate".

Tras la reforma del Título Preliminar del C.c., los citados GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, en la edición de su *Curso...* Madrid. 1982, pág. 33, no varían su criterio a pesar de que el nuevo art. 4,3 C.c. suprimiera la coletilla "especiales", ciñéndose a "otras leyes"; Dicen aquellos autores: "En contra de la opinión tradicional de los civilistas, hay que decir que el artículo citado se refiere sólo a las leyes especiales del ordenamiento civil, pero no a las leyes especiales del ordenamiento administrativo, que es capaz de autointegrar sus propias lagunas sobre la base de sus mismos principios generales, sin perjuicio de que estos principios remitan con frecuencia a los criterios jurídicos generales formulados o desarrollados en el Derecho civil". Es decir, por un lado siguen entendiendo que el art. 4,3 C.c. habla de "leyes especiales" como el derogado art. 16, cuando ya no lo hace, y por el otro parecen olvidar que mal puede referirse el art. 4,3 a las leyes especiales "civiles" porque éstas tienen (todas ellas) en el C.c. un precepto de remisión que las sitúa en el mismo plano que el Código y hace innecesaria esa pretendida alusión en el art. 4,3 C.c. Es lo que sucede con la Ley del Registro civil (arts. 325-332 C.c.), con la Ley Hipotecaria (arts. 605-608 C.c.), con la Ley de Propiedad intelectual (arts. 428-429), etc. etc. En el art. 4,3 "otras leyes" no pueden ser, por lo tanto, "otras leyes civiles", deben ser aquellas que estén al margen del ordenamiento civil, de entre las que las administrativas forman parte. En este sentido, cfr. LALAGUNA, E. "Aplicación del Código civil como derecho supletorio de otras leyes", *Rev. Der. Priv.* 1976, págs. 598-622, concretamente pág. 608. Léase también la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 reformador del Título Preliminar: "El otro procedimiento integrador está constituido por el derecho supletorio, función que, siguiendo la línea del anterior art. 16, corresponde al Código civil, exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del derecho común como lo prueba el propio contenido del Título preliminar".

privados especiales basta con traer a colación el ordenamiento mercantil y la remisión que al "Derecho común" lleva a cabo el art. 310 C. de c. en materia de depósito mercantil.

La conclusión derivada de esta situación, entiendo que es franca: el ordenamiento civil, mantiene una posición cualitativamente superior a los restantes ya que mientras que éstos deben recurrir a él para llenar sus lagunas, él es autosuficiente.

El frente cuantitativo de la ampliación de la entidad del ordenamiento civil, va referido al subordenamiento no patrimonial del civil. En este campo —y siempre desde la perspectiva de "lo que fue"— se aprecia una notabilísimo ensanchamiento normativo: son muchas las conductas que antes eran ajenas a la regulación civil, no eran contempladas por los supuestos de hecho de las normas de ese ordenamiento, y que hoy han sido acogidas en la órbita civil. Particularmente paladino es el fenómeno tras la aparición de la Constitución española de 1978.

No es el momento de pormenorizar, pero piénsese simplemente en dos grupos de normas. Ante todo, en la enorme trascendencia que ha tenido la reforma del Título IV del Libro I del Código civil por la ley de 7 de julio de 1981. Por lo que aquí nos concierne, esa reforma ha supuesto que el ordenamiento civil sea a partir de ella el único que regule el matrimonio. Al existir un único tipo o clase de matrimonio (25), desaparece la concurrencia que anteriormente se daba entre el ordenamiento civil y el ordenamiento canónico. Ordenamiento, éste último, que a pesar de no ser estatal había históricamente hurtado —salvo breves paréntesis en 1870 y 1932— al ordenamiento civil, la normación de ese negocio jurídico básico del ordenamiento familiar. La expansión cuantitativa del ordenamiento civil es en este caso muy importante. Otro tanto podemos decir de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de "protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" que al desarrollar el art. 18,1 de la Constitución introduce en el ordenamiento civil unos específicos contenidos normativos cuya normación tradicionalmente había sido coto exclusivo del ordenamiento público y particularmente del penal.

A modo de resumen, diría que ni siquiera abandonando el plano

(25) No hay discrepancias entre la doctrina más autorizada sobre el carácter del Sistema matrimonial español, que es calificado casi unánimemente como de "matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración". *Vide* por todos: JORDANO BAREA, J.B. "El nuevo sistema matrimonial español" *Anuario Der. Civ.* 1981, pág. 912.

técnico y descendiendo a los contenidos históricos y actuales del ordenamiento civil, puede hablarse de crisis del ordenamiento o derecho civil. En todo caso, como ha quedado reflejado en las líneas anteriores, hay que hacerlo de “mutación de algunos contenidos”, como particularidad no exclusiva del ordenamiento civil sino común a cualquier subordenamiento.

4.- EL CONCEPTO TECNICO DEL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL

Hecho el paréntesis anterior, y retomando el discurso lógico de construcción del concepto técnico de ordenamiento civil, puede resumirse diciendo que el mismo está compuesto por dos subordenamientos básicos: el privado no patrimonial y el privado patrimonial general. Y esa composición dual no sólo se justifica por razón de una dualidad de actividades objeto de regulación (no económicas de sujetos con personalidad jurídica no cualificada, y económicas no cualificadas de sujetos con personalidad jurídica no cualificada, respectivamente), además de esta razón, se aprecia una diferente potencialidad de atracción reguladora, una mayor energía reguladora en el ordenamiento privado no patrimonial que en el privado patrimonial general. Porque como ya dije, este último cede, es residual, frente a cualquier ordenamiento privado patrimonial especial y frente al público, mientras que el otro subordenamiento civil (privado no patrimonial) sólo es residual frente al público.

Ahora, se está en disposición de ensayar el buscado concepto técnico del ordenamiento civil. Puede definirse como aquel sector del ordenamiento jurídico, que regula en forma atrayente las relaciones no económicas y las económicas no cualificadas siempre que en ellas intervengan sujetos dotados de personalidad jurídica no cualificada, y en forma residual las económicas cualificadas y las económicas o no en que intervengan sujetos en razón de la existencia de una cualificación en su personalidad.

5.- NOTAS EN TORNO A LA SUBDIVISION DEL ORDENAMIENTO CIVIL EN ORDENAMIENTOS ESPECIALES O FORALES

Obtenido el concepto técnico del ordenamiento civil español y antes de cerrar este trabajo hay que apuntar, siquiera en forma de notas, ha-

cia una característica insólita de nuestro ordenamiento civil en relación a los restantes europeos: su subdivisión en ordenamientos civiles especiales o forales (El único caso citable es el de Yugoslavia, pero no olvidemos que se trata de una Federación de Repúblicas). Esta subdivisión nada que ver tiene con las analizadas hasta ahora, quedando al margen —por ende— de los criterios y factores señalados. Y, a vuela pluma, presenta dos problemas técnicos fundamentales.

El problema inicial es el de cuál es el criterio de división y consiguientemente el factor determinante del mismo. El criterio es el de la atracción reguladora, pero con un sentido harto diferente al visto, porque es una atracción heterogénea: no tiene un funcionamiento igual en todo caso. Me explicaré. En las divisiones estudiadas hasta ahora el criterio de la atracción permitía una partición en dos bloques (público-privado, etc...), pero en la división del ordenamiento patrimonial privado en general y especial, he advertido que la dualidad no se enunciaba entre dos ordenamientos (*vide*: epígrafe 3.3 al principio), sino entre un ordenamiento y una categoría que recogía indistintamente a varios. Aquí, sucede algo parecido. La división contrapone por un lado al ordenamiento civil-común y por otro a la categoría de ordenamientos civiles especiales. Pero la atracción reguladora actúa entre todos ellos en su faceta atractiva, pero no en su faceta residual. Por ejemplo, cuando el ordenamiento civil balear entra en aplicación porque atrae la regulación para sí, no puede decirse que el ordenamiento civil navarro o el aragonés queden como residuales. No hay residualidad entre los especiales (como tampoco la hay entre los ordenamientos privados patrimoniales especiales). Pero tampoco hay residualidad cuando quien atrae la regulación sea el civil-común. Cuando, pongamos por caso, se aplican las reglas sobre régimen de gananciales del C.c. a un matrimonio sujeto a estas normas, no se provoca la residualidad de ningún ordenamiento civil especial, las normas sobre régimen económico matrimonial de los ordenamientos civiles catalán o balear no son residuales sino radicalmente inaplicables. La atracción que media entre los ordenamientos civiles especiales y entre el civil-común y cualquiera especial es una atracción de las que catalogué (epígrafe 2.2.1) como impropias.

Pero, ¿y la atracción que media, en su caso, entre un ordenamiento civil especial y el civil-común? Cuando se aplica una norma de un ordenamiento civil especial, ¿el ordenamiento civil-común actúa como residual? Tengamos en cuenta que la hipótesis que planteo ahora es inversa a la anterior, pues no me refiero a la atracción en dirección común-especial, sino en dirección especial-común (quien atrae es el civil-especial). El art. 13,2 del C.c. al establecer la supletoriedad del civil-común res-

pecto de los especiales parece dar a entender que sí hay residualidad, porque —como decíamos en el epígrafe 2.2.2 al final— la supletoriedad es la fórmula técnico-legal a través de la que se articula la residualidad. Lo que sucede es que tras el reconocimiento constitucional y estatutario de los ordenamientos civiles especiales, la cuestión admite otros planteamientos en contra de esa supletoriedad. Quede momentáneamente en suspenso esta vía, con objeto de proseguir el *iter* trazado.

Sabido cual es el criterio de división común-especiales y el alcance que tiene, hay que preguntarse por el factor determinante de ese criterio, el factor determinante de la atracción reguladora. No puede consistir en una cualificación de la personalidad porque nos adentraríamos en el ordenamiento público. Consiste en un estado civil: la vecindad civil. El art. 14,1 del C.c. y los arts. 5 de la Compilación de Vizcaya y Alava, 3 de la de Cataluña, 2 de la Balear... etc. (en tanto se remitan al C.c.) así lo establecen. A primera vista, la cuestión del factor determinante de la atracción tiene una fácil solución. Y digo “a primera vista” por cuanto es así en relación a los seis ordenamientos civiles especiales existentes antes de la entrada en vigor de la Constitución. Estos seis ordenamientos (aragonés, balear, catalán, gallego, navarro y vizcaíno-alavés) civiles, tienen su apoyo en el reconocimiento constitucional del art. 149,1,8^a, sumado a los respectivos preceptos estatutarios (26) y a la existencia de un texto legal-base de los mismos. Pero, junto a ello, existe algún Estatuto de Autonomía que habla de ordenamiento civil propio, en regiones o nacionalidades que carecen de un previo texto legal-base (Compilación, para entendernos), como ocurre con el art. 31,2 del Estatuto valenciano al referirse al “Derecho Civil Valenciano”. Aún admitiendo la constitucionalidad de esa norma, (porque siempre puede alegarse que aunque Valencia carezca de Compilación posee un derecho civil consuetudinario..., o que el término “allí donde existan” del art. 149,1,8^a Constitución no exige necesariamente la vigencia del ordenamiento civil propio en el momento de entrada en vigor de la misma, tesis ambas poco convincentes, en principio) existe un obstáculo prácticamente insalvable cual es la falta del factor determinante de la atracción de ese sedicente ordenamiento civil valenciano: no existe la vecindad civil valenciana. Y si tratando de soslayar esta dificultad concluyéramos aplicando el art. 4,1 del mencionado Estatuto, resultaría aún más absurdo el resultado: el ordenamiento civil valenciano sería el único cuyo factor determinante de la atrac-

(26) *Vide* sobre el particular: arts. 35,1,4^a y 29,1 Estatuto de Aragón; 7, 10,22, 16,1 a, 47,2 y 49,1 a, Estatuto de Baleares; 7,1 9,2 y 20,1 a, Estatuto de Cataluña; 10,5 y 14,1 a, Estatuto de Euzkadi; 27,4^o y 22,1 a, Estuto de Galicia; 48,1 y 2 61,1 Amejoramiento Navarro.

ción sería la vecindad administrativa, frente a los restantes en que lo es la vecindad civil (27).

El segundo y último problema lo inicié dejándolo en vía muerta, en líneas anteriores. Se trata de la cuestión de las relaciones de los ordenamientos civiles especiales entre sí y con el civil-común, lo que equivale a preguntarse por la composición del ordenamiento civil español desde esta perspectiva territorial. El planteamiento admite dos soluciones: o concluimos que el ordenamiento civil español está compuesto por unos subconjuntos de ordenamientos civiles en situación paritaria, o bien que existiendo un ordenamiento común que sirve de marco de referencia general coexisten a su vera otros subordenamientos civiles especiales, conectados a aquel por la vía de la supletoriedad tal como parece deducirse del citado art. 13,2 del C.c. Solucionar esta disyuntiva es algo que requiere como mínimo tantas palabras como las hasta este instante empleadas, por lo que en esta ocasión renuncio a intentarlo. No se vea en esta renuncia un deseo de no comprometerme en un sentido u otro, sino el reconocimiento de que el problema excede el cuadro de este trabajo, aunque al mismo tiempo su mención es precisa para cerrarlo. Parece evidente que estamos ante una cuestión de interpretación constitucional en la que se conjugan junto a aspectos rigurosamente técnicos otros ideológicos tradicionalmente irreconciliables, y en la que con frecuencia los análisis jurídicos están apriorísticamente encauzados por convicciones políticas, por lo que no es raro que se confundan los deseos con las realida-

(27) Y todo ello, sin entrar en los problemas que plantea la conexión entre estas dos vecindades (civil y administrativa) en tanto determinantes de estatutos diferentes, en ocasiones, en un mismo sujeto. Al respecto, me remito a lo que dije en: "Vecindad administrativa y vecindad civil: génesis de un concepto legal", *Rev. Jur. Catal.* 1981, págs. 133-178; Y en "Le istituzioni e il diritto civile spagnolo" *Sindacati e istituzioni: il caso spagnolo*. Bologna. 1981, págs. 131-144. Sobre este tema en particular, así como en general sobre las cuestiones de Derecho interregional postconstitucional, es indispensable el trabajo de Luis GARAU JUANEDA "Comunidades Autónomas y Derecho interregional" en *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Interregional*. Santiago de Compostela. 1982, págs. 111-166.

des jurídico-positivas. El Tribunal Constitucional, también en esta tesitura, tiene la última palabra (28).

(28) Las posiciones antagónicas al respecto hallan su paradigma en las tesis de Carlos LASARTE y de Encarna ROCA.

Para el primero, *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución española*. Madrid. 1980, el ordenamiento privado patrimonial es único, y por ende el ordenamiento patrimonial civil es constitucionalmente único para todo el Estado, con lo que los ordenamientos forales civiles tendrán como exclusivo contenido el no patrimonial o familiar-sucesorio (cfr. págs. 104-106 y 154-156). En resumen, dentro del ordenamiento civil, diferencia un macroordenamiento civil patrimonial de ámbito estatal, y unos microordenamientos civiles familiar-sucesorios de ámbito autonómico conectados, a su vez, a un macroordenamiento familiar-sucesorio.

Para Encarna ROCA, en su interesante y extensa incursión por el campo de la lógica formal "L'estructura de l'ordenament civil espanyol" *Rev. Jur. Catal.* 1983, págs. 125-180, la síntesis de la cuestión es ésta: "La Constitució espanyola configura l'ordenament jurídic civil con un conjunt format per diversos ordenaments (aquells creats per les Comunitats autònomes amb dret civil propi al moment d'entrada en vigor de la Constitució), ordenaments que formaran els subconjunts del marc ordenament espanyol". (pág. 129).

A esta última posición se adhiere, matizadamente, FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, F. en "La materia civil desde el punto de vista competencial: algunas precisiones" *Rev. Jur. Cat.* 1983, págs. 181-194.