

COLECCIÓN PARANINFO  
PRIMA LECTIO



M.<sup>a</sup> ANGELES PARRA LUCÁN

LA AUTONOMÍA PRIVADA  
EN EL DERECHO CIVIL

M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán



STVDIVM  
GENERALE  
CAESARAV-  
GVSTANAE  
CIVITATIS



Universidad Zaragoza

LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO CIVIL

STVDIVM  
GENERALE  
CAESARAV-  
GVSTANAE  
CIVITATIS



Prensas de la Universidad  
Universidad Zaragoza

LA AUTONOMÍA PRIVADA  
EN EL DERECHO CIVIL

LA AUTONOMÍA PRIVADA  
EN EL DERECHO CIVIL

M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

PRENSAS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

© M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

© De la presente edición, Prensas de la Universidad de Zaragoza (Vicerrectorado de Cultura y Proyección Social)

1.<sup>a</sup> edición, 2018

Prensas de la Universidad de Zaragoza

Edificio de Ciencias Geológicas

c/ Pedro Cerbuna, 12 • 50009 Zaragoza, España

Tel.: 976 761 330. Fax: 976 761 063

puz@unizar.es <http://puz.unizar.es>

Impreso en España

Imprime: Servicio de Publicaciones. Universidad de Zaragoza

ISBN: 978-84-17358-94-5

Depósito legal: Z





## PREÁMBULO

Me siento muy honrada de poder impartir la Lección de Apertura del curso académico 2018-2019, privilegio que agradezco al Rector Magnífico de la Universidad de Zaragoza, don José Antonio Mayoral Murillo.

He dedicado más de treinta años al estudio y la docencia del Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid, en la Universidad de La Laguna y, sobre todo, en la Universidad de Zaragoza. El desempeño de mis actuales responsabilidades como magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo me está permitiendo poner al servicio de la sociedad una manera de afrontar los conflictos jurídico-privados que debe mucho a mi actividad académica. Las reflexiones dogmáticas y conceptuales, que de forma habitual elaboramos en la Universidad, son provechosas también para la práctica jurídica, tanto para ayudar a construir el sistema de Derecho como para abordar de forma correcta, con buena técnica y con mayor seguridad de acierto, los casos concretos que se plantean ante los tribunales. Pero, al mismo tiempo, siento la necesidad, y por ello tengo la convicción de que va a ser así, de que mi nueva función aportará un retorno beneficioso a la Universidad de Zaragoza, al enriquecer el estudio y la docencia del Derecho con nuevas perspectivas y experiencias.

El tema que he escogido para esta Lección es un tema clásico del Derecho civil. La autonomía privada es un principio general, una de las ideas fundamentales que inspira la regulación de las relaciones entre los particulares. El respeto a la persona y su dignidad imponen la protección jurídica de la realización de sus fines particulares en un marco que le permita crear y modificar sus relaciones jurídicas con libertad. Pero la autonomía privada no es un poder absoluto, ya que el bienestar social, la protección de los intereses de las demás personas y el respeto a los valores constitucionales exigen la fijación de límites al poder individual. Por eso, se reconoce la libertad de contratación, la libertad de hacer testamento o los pactos de familia, aunque no con cualquier contenido.

Los límites a la autonomía privada son la ley, la ética y el orden público como expresión de los valores y de los principios constitucionales. Esto explica que las fronteras de la autonomía privada sean dinámicas, en función de los planteamientos sociales, culturales y políticos. Son el legislador y el juez, como intérpretes de los principios imperantes en la sociedad, quienes contribuyen a fijarlos.

Constituyen un desafío y un reto para el jurista las transformaciones en las relaciones entre los particulares, en sus relaciones personales, tanto en el ámbito personal y familiar como en el económico, y la forma en la que estos cambios son contemplados por el Derecho civil. Los problemas de validez y eficacia de las declaraciones de voluntad, de los actos y los negocios otorgados por los particulares son los que los civilistas debemos resolver, tratando de alcanzar un equilibrio entre los fines personales, de carácter individual, y los fines colectivos, de carácter social. En definitiva, partiendo del principio general de la autonomía privada e identificando las razones por las que puede limitarse para que la aplicación del Derecho permita la realización de la justicia.



I  
LA AUTONOMÍA PRIVADA  
EN LA CONSTRUCCIÓN Y EL GOBIERNO  
DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PARTICULARES

Un sector importante de la doctrina científica civilista actual —española, pero no solo— ha iniciado una *revisión del ámbito del obrar autónomo* de las personas en sus relaciones privadas con los demás.

La discusión sobre el fundamento, el ámbito y los límites de la autonomía privada presenta un indudable *interés* dogmático porque la autonomía es un concepto rector, un principio general cuyo análisis permite contemplar de manera transversal el Derecho civil y el papel que esta rama del Derecho desempeña en la ordenación de las relaciones personales y económicas de la sociedad.

Y no es menor la trascendencia de un ensayo sobre los problemas de la autonomía privada desde el punto de vista práctico. La atribución de efectos jurídicos a la voluntad supone el reconocimiento del poder de crear relaciones, derechos y deberes jurídicos. En virtud del ejercicio de su autonomía, los sujetos privados asumen obligaciones y deberes jurídicos y hacen nacer derechos cuya eficacia será exigible con la fuerza de la maquinaria del Estado, si así se solicita por los interesados en el caso de que no se cumplan voluntariamente.

El valor de la autonomía privada tiene su apoyo en la Constitución española y en la Carta de Derechos funda-

mentales de la Unión Europea. En el Derecho interno, se reconoce de manera especial para la contratación en el artículo 1255 del Código Civil y, con pretensiones de mayor amplitud, en la tradición de algunos Derechos forales, revitalizadas ahora por los diferentes Derechos autonómicos, que consagran la autonomía privada a través de principios generales como el de libertad civil, *paramiento fuero vienze*, *paramiento ley vienze* o *standum est chartae*, emblema y símbolo del Derecho civil aragonés y de algunas de las instituciones más representativas como la Facultad de Derecho.

La eficacia organizadora de la voluntad significa que el juez ha de fallar con arreglo a la voluntad unilateral o a lo convenido por las partes porque se reconoce a los particulares la más amplia posibilidad de ordenar sus relaciones interpersonales.

Todo ello es posible porque el Estado no hace suya de manera imperativa la regulación de todos los intereses. Por el contrario, confiere un *poder de autorregulación*, de creación de efectos jurídicos en aquellos ámbitos en los que predominan los intereses privados, los intereses personales.

Cierto que coexisten los fines personales, de carácter individual, junto con los fines colectivos, de carácter social, y el ordenamiento, a través de sus normas, debe tender a alcanzar un *equilibrio* entre ambos en la solución de los problemas sociales. Así lo refleja la Constitución española en sus artículos 9 (los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas), 10 (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz so-

cial), 33 (se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia; la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes), 38 (se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación) y 128 (toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general).

En este contexto, *intereses privados*, en el sentido de personales, serían, por exclusión, y según la definición más comúnmente aceptada, aquellos cuya tutela no asume por sí el Estado ni tampoco impone a otros.

En particular, en el *Derecho civil* predomina con carácter inmediato la protección de fines e intereses personales. Es fácil de comprender esta afirmación si se tiene en cuenta que el Derecho civil es el Derecho privado general, o no especializado. Es el sector del ordenamiento que se ocupa de los problemas comunes a las personas, sin connotación social, política o económica, y que regula los aspectos más esenciales en la vida de las personas: su nacimiento, su matrimonio, su familia, su patrimonio y la gestión del mismo, su muerte y la sucesión patrimonial derivada de ella.

La preeminencia de los intereses de la persona en el Derecho civil explica que la mayor parte de sus normas no sean mandatos, normas «imperativas», que obligan o que prohíben hacer algo a sus destinatarios. Por el contrario, en el Derecho civil abundan otros tipos de normas. De una parte, las normas que atribuyen poderes a los particulares y determinan las condiciones de su ejercicio: poder de celebrar contratos, de hacer testamento, de constituir asociaciones, de otorgar capitulaciones matrimoniales,

etc. De otra parte, normas «dispositivas», esto es, normas que ofrecen una regulación de las relaciones jurídicas que el legislador entrega a la decisión de las partes, de modo que estas pueden evitar la aplicación de sus efectos mediante el ejercicio de la autonomía privada. Ello es posible cuando, aunque no lo diga de manera expresa, la norma solo pretende afectar a los intereses particulares de las partes y no se dirija a proteger los de una de ellas.

La delimitación del contorno de la autonomía y el reconocimiento de su intervención para crear derechos y deberes jurídicos varían en cada sociedad y en cada ordenamiento jurídico. De hecho, son las normas legales las que diseñan los ámbitos materiales, las relaciones que reservan a su regulación y los espacios en los que los particulares pueden configurar con libertad sus relaciones jurídicas. Por eso mismo, los efectos jurídicos que produce la voluntad tienen su causa en el reconocimiento por la ley, por el Derecho objetivo, no solo en la propia voluntad del sujeto.

En España es la *Constitución* la que establece un modelo de sociedad inspirado en los principios y valores superiores que garantizan la *convivencia democrática*. En este modelo de convivencia, la autonomía privada es constitucionalmente relevante porque en el artículo 10 de la Constitución la dignidad humana, que se proclama como fundamento del orden político, comprende la libertad personal que permite configurar las propias relaciones privadas. Hay otras referencias en la Constitución a ámbitos concretos en los que puede fundarse el poder de los particulares para organizar jurídicamente el marco de sus intereses. Así, el derecho de asociación que proclama el artículo 22 no sería tal sin el reconocimiento de que quienes se asocian puedan crear también los estatutos de su asociación. O el reconocimiento que de la herencia como

manifestación del derecho de propiedad contiene el artículo 33 solo es posible si se conecta con la libertad de testar, entendida como la facultad de decidir sobre el propio patrimonio.

Aisladas, estas ideas podrían reflejar una imagen equivocada de la forma en la que la autonomía privada encuentra respaldo en la Constitución si no fueran acompañadas de la consideración de otros datos que derivan del mismo texto constitucional.

En primer lugar, conviene recordar que el ejercicio de la autonomía, aunque ahora se entienda como exigencia del reconocimiento de la condición de persona que proclaman los textos internacionales de derechos humanos, no es algo que interese de manera individual a cada persona y a sus asuntos particulares. Puesto que la autonomía privada comporta un valor prescriptivo, crea derechos y obligaciones cuyo cumplimiento puede ser exigido coactivamente, en la intervención del Estado que legitima los resultados de la autonomía también existe una justificación propia desde el punto de vista de los valores de la propia comunidad. La responsabilidad, la obligatoriedad de los vínculos, el respeto a la palabra dada o la exclusión de que una de las partes pueda redefinir unilateralmente lo acordado, entroncan directamente con principios jurídicos como el de *seguridad jurídica* que proclama la misma Constitución, pero también con otros presupuestos ideológicos y económicos que se reflejan en ella, como son la libertad de empresa en una economía de mercado o la mayor eficiencia de las decisiones adoptadas libremente por los interesados en un sistema que minimiza los costes de la intervención pública a través del legislador o los jueces.

En segundo lugar, y enlazando con lo anterior, la Constitución configura un sistema de derechos fundamentales

y establece unos principios y valores que diseñan el marco en el que puede moverse la autonomía privada. La consecuencia que hay que deducir de ello es que la autonomía no goza del valor preceptivo que le es propio cuando no es respetuosa con los derechos fundamentales y los principios constitucionales (principios de igualdad, libertad ideológica y religiosa, derecho al honor, libertad de residencia...).

Finalmente, la garantía de los derechos proclamados por la Constitución impide que el legislador limite de forma ilegítima la autonomía privada, bien mediante la prohibición o la imposición de contratos o de ciertos contenidos imperativos en los contratos (de compraventa, de arrendamiento...) de forma tal que lesionen injustificadamente el contenido de esos derechos (el de propiedad, por ejemplo).

El concepto de *autonomía privada* tiene un trasfondo cultural e ideológico. El punto de partida es la idea de que en las sociedades modernas las relaciones son el resultado de la libre elección de los interesados y de su iniciativa personal. De hecho, en la Constitución, el reconocimiento de la propiedad y de la iniciativa privada requieren necesariamente de la autonomía como instrumento que permita coordinar los intereses particulares.

De esta forma, la autonomía de los particulares es una regla que, a través de una técnica jurídica milenaria, expresa hoy un modo de entender las relaciones económicas y el sistema económico general por la convicción de que es la mejor fórmula para alcanzar el desarrollo y el bienestar general. Lo que sucede es que en la Constitución las ideas de libertad están muy matizadas por la presencia de una concepción del Estado social y de bienestar y la exigencia de un orden económico social y justo. Por ello, la autonomía no puede ejercerse en cualquier direc-

ción y con cualquier contenido. Así, por ejemplo, la exigencia constitucional de la protección de los consumidores o la subordinación de toda la riqueza al interés general modulan necesariamente la autonomía privada.

Las *transformaciones sociales* provocan que la autonomía privada se introduzca como regla en ámbitos hasta hace poco impensables, como la organización de las relaciones familiares. A partir del reconocimiento constitucional de la igualdad entre el hombre y la mujer son posibles los actos de autonomía y tiene lugar una reducción de la presión que venían ejerciendo los límites de la autonomía en unas relaciones tradicionalmente basadas en la desigualdad y en la sumisión. Con todo, al Estado no le resulta indiferente el contenido con el que se ejerza la autonomía en el Derecho de familia y establece como principio constitucional el de la protección de la familia. La familia sigue siendo socialmente útil y cumple una importante función social de crianza de los hijos y de asistencia y solidaridad entre sus miembros que justifica la introducción de normas imperativas que reflejan criterios éticos y de solidaridad familiar (en materia de alimentos entre parientes, por ejemplo). Al mismo tiempo, la propia Constitución proclama principios esenciales que deberán ser tenidos en cuenta para valorar la validez de pactos contrarios a la igualdad del hombre y la mujer, la igualdad entre todos los hijos y la efectividad de sus derechos fundamentales.





## II

### LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

En el Derecho español el artículo 1255 del Código Civil consagra la autonomía privada para los contratos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los últimos años, se ha sentido cada vez más inclinada a admitir que el precepto ampara la autorregulación en otros espacios, como el de los acuerdos entre los cónyuges (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 134/2014, de 25 de marzo; 392/2015, de 24 de junio; 528/2017, de 27 de septiembre; 315/2018, de 30 de mayo).

El artículo 1255 enuncia unos *límites a la libertad contractual* (los que resulten de las leyes, la moral —a la que se equiparan las buenas costumbres que el Código invoca en otras sedes— y el orden público) que serían entonces igualmente aplicables en otros lugares en los que es posible la autonomía, si bien en cada caso su contenido debería adaptarse a la naturaleza de la esfera de intereses que concurren. Así, por ejemplo, en Derecho de familia se admite con normalidad por la doctrina y la jurisprudencia que el interés del menor es un principio de orden público (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 258/2011, de 25 de abril; 251/2018, de 25 de abril; 348/2018, de 7 de junio; *cfr.* sentencia del Tribunal Cons-

titucional, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero), y la Sala Primera del Tribunal Supremo sugiere que dejar sin medios para subsistir a un excónyuge en virtud de lo pactado podría ir contra el orden público si hiciera necesaria la intervención del erario (sentencia 392/2015, de 24 de junio). El propio Código Civil menciona expresamente las buenas costumbres para señalar los límites a la eficacia de algunas previsiones, unilaterales o acordadas de los particulares (artículos 792, 1116, 1271, 1328); o alude a la moral o al orden público para impedir que una conducta de los particulares que los contradiga pueda ser considerada como costumbre (artículo 1.3); o al interés, el orden público y el perjuicio a terceros para admitir la renuncia de derechos (artículo 6.2); o al orden público para excluir la aplicación de una ley extranjera (artículo 12.3; *cf.* artículo 16.1.2.<sup>a</sup>)...

Si la moral es un instrumento útil en manos de los jueces para controlar el contenido ético de los acuerdos particulares y para introducir valores superiores, más allá de la mercantilización de las cosas y los servicios, su aplicación deberá ser compatible con la exigencia del pluralismo, que es un valor constitucional (artículo 1 de la Constitución) y con la garantía de la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 de la Constitución). En una sociedad plural puede hablarse también de una «constitucionalización» de la moral, en un proceso en el que se produce un traspaso a esta última de los valores proclamados en el texto constitucional.

Cuando se trata de relaciones y prestaciones personales, la referencia a la moral tiende a desplazarse hacia la *dignidad de la persona*, valor fundamental de la personalidad. De la dignidad, entendida como la consideración de la persona como fin en sí misma, no como instrumento de ningún otro fin ni objeto para los demás, se afirma

tanto que es el fundamento de los derechos humanos como un derecho específico, como la suma de todos los derechos, o la misma razón del Derecho...

En la doctrina, la dignidad sirve, principalmente, para justificar la libertad individual y sus expresiones a través de las manifestaciones de la voluntad (más allá del Derecho de contratos, también para justificar la libertad de testar), lo que es razonable y va íntimamente unido en nuestro texto constitucional a la proclamación del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10). Pero también se invoca para limitar la misma libertad que se proclama, lo que a veces parece que no es más que una manera de reintroducir la moral —«colectiva», en el mejor de los casos—.

En efecto, hay dos concepciones de dignidad que se oponen y se limitan mutuamente: el libre arbitrio como elemento consustancial de la persona y las exigencias colectivas morales que, por razones de «dignidad», frenan esa libertad (contratos de maternidad subrogada, de prostitución, o las discutidas decisiones de la Comisión Europea de Derechos del Hombre y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la prohibición del espectáculo de «lanzamientos de enanos»). Por no decir que, en ocasiones, la misma «dignidad» es un argumento que se invoca por los defensores de posturas contrarias (basta pensar en el llamado «derecho a morir con dignidad»).

El artículo 1255 del Código Civil alude también al orden público como límite de la libertad contractual. La doctrina y la jurisprudencia consideran que el orden público es límite de la autonomía privada en todos los ámbitos.

Del orden público se dice que es un concepto de difícil aprehensión, polifacético y mutable, del que podemos

convenir en señalar, de acuerdo con la opinión mayoritariamente expresada, que protege los valores esenciales de la estructura de un ordenamiento: del ordenamiento en su conjunto, también entonces del Derecho civil.

En la actualidad la esencia de la identidad política, económica, social y cultural que puede englobarse en el llamado *orden público* deriva de la Constitución. Pero esta afirmación no es suficiente, porque son posibles muchas lecturas e interpretaciones de la Constitución. Además, la pertenencia a la Unión Europea y, de forma más amplia, el incremento de las relaciones con otros Derechos, contribuyen a aumentar la complejidad y la variedad en el contenido de lo que se admite que puede integrar el orden público. Este fenómeno, como es fácil de imaginar, es habitual en todos los Estados que integran la Unión Europea.

Diversidad de fuentes del orden público (nacional, europeo). También diversidad de finalidades y heterogeneidad de valores que cabe incluir en la expresión *orden público*. En efecto, el orden público, como síntesis de los límites que se imponen a la autonomía, atiende a variadas razones: no discriminación, protección de menores, del consumidor, de la libre competencia, de valores culturales o medioambientales, transparencia, salvaguarda de empresas en crisis... En última instancia, es razonable que si la autonomía privada requiere en algún momento de la tutela del Estado para imponerse, este únicamente se muestre dispuesto a prestársela a aquellas expresiones de voluntad o de libertad que no contraríen los valores del propio ordenamiento.

### III

## APLICACIONES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Dada la amplitud y el carácter abierto de los conceptos que se utilizan para describir los límites a la autonomía, resulta preciso ir más allá de las declaraciones solemnes para llevar a cabo una concreción de hasta dónde llega en cada ámbito la ponderación y el equilibrio entre la autonomía y los principios que justifican su limitación. No es este el lugar para presentar un inventario o catálogo de todas las normas en que aparece recogida la autonomía privada, pero puede ser útil ilustrar y desarrollar lo que hasta aquí se ha dicho con *algunos ejemplos de materias propias del Derecho civil*.

#### **a) El Derecho de la persona**

Los derechos fundamentales solo pueden existir en sociedades en las que importa el individuo y, por eso, su reconocimiento va parejo a una evolución de otros conceptos, como las buenas costumbres y el orden público, que se revisan con el fin de que se dirijan desde su tradicional función de represión de la libertad personal hacia la protección —individual— de la persona.

El Tribunal Constitucional español ha confirmado que los derechos fundamentales forman parte del orden pú-

blico y, en consecuencia, limitan la autonomía privada. El respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público y, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto (sentencia 19/1985, de 13 de febrero). Ciertamente, en la medida en que los derechos fundamentales expresan valores esenciales de la sociedad, existe una fuerte vinculación con el orden público y con la moral, pero no son ni una cosa ni otra. Ni se trata de una simple emanación del orden público ni constituyen una variante de los principios éticos, aun cuando puedan ser límite al contenido de las diferentes manifestaciones de las disposiciones voluntarias (de carácter contractual, acuerdos entre cónyuges, de naturaleza sucesoria...) o su proclamación conlleve un renacer de principios éticos en las diferentes expresiones de la autonomía privada.

Puesto que hablar de autonomía es hablar de sus límites, es fácil imaginar la tentación de sugerir una norma expresa que señale que la libertad contractual no debe menoscabar los derechos fundamentales. Pero este planteamiento resulta insuficiente e inadecuado. Cuando de un derecho fundamental deriva un derecho subjetivo, su limitación legal, en las relaciones verticales, es inconstitucional; mientras que en las relaciones entre particulares, en su dimensión horizontal, el derecho es exigible y se impone a los contratantes. En este ámbito, los derechos fundamentales no constituyen tanto un sistema que se deba garantizar sino que se integran, penetran el contrato y son exigibles por el contratante, aunque la dimensión y el alcance de la protección no sea tanto en su cualidad de contratante como en su condición de titular de un derecho fundamental.

La protección de los derechos fundamentales debe hacerse en cada caso con arreglo a la forma en la que se produzca la vulneración del derecho en cuestión: por ejemplo, los que afectan a derechos de libertad e intimidad personal y familiar, como la prohibición impuesta en un contrato de arrendamiento de introducir a otras personas, incluidos familiares, en la vivienda arrendada, será una cláusula que se puede tener por no puesta; es nula la cláusula penal incluida en el contrato celebrado por los representantes de un menor futbolista y un club deportivo cuando la indemnización que debe pagar en caso de ruptura es tan elevada que restringe el libre ejercicio profesional cuando alcance la mayoría (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 26/2013, de 5 de febrero).

Es aceptable que contractualmente se limiten libertades y derechos fundamentales, siempre que exista una justificación razonable para ello y la limitación sea proporcionada al objetivo que se persigue. Basta pensar en la admisibilidad no problemática de prohibiciones de disponer en cláusulas societarias, de cláusulas de exclusividad en contratos de distribución o de cláusulas de no competencia, de la asunción del compromiso de residencia en determinado lugar por razones laborales, de renunciias a derechos de intimidad o acceso a datos personales... Y, entonces, tratándose de renunciias de derechos fundamentales por parte de su titular —con o sin contraprestación—, por tanto, del ejercicio de la autonomía privada, no es extraño que deba igualmente plantearse el ámbito de esta libertad, la posible existencia de límites. Límites que vienen nuevamente de la mano de consideraciones de orden público y buenas costumbres, conceptos sociales y colectivos que superan al propio individuo y su libertad.

Los derechos fundamentales deben conciliarse con otros principios y derechos, y es tolerable cierta patrimonialización. Así, se reconoce la explotación económica de los derechos de la personalidad —cesión de derechos de imagen, patrimonialización del nombre, etc.—, y es evidente que el desarrollo de la creación de órganos a través de *la biotecnología* pasa por su incorporación al Derecho de la contratación.

En este ámbito, existe un consenso, reflejado en convenios internacionales, sobre algunos límites infranqueables a la autonomía privada. Por ejemplo, la prohibición del tráfico ilegal de órganos es una exigencia del respeto a la dignidad humana que conlleva la exclusión de toda posible comercialización de los órganos: la ausencia de un beneficio en el donante, en sus familiares, en quien actúe de intermediario. El pago por células, tejidos y órganos tiende a aprovecharse injustamente de los grupos más pobres y vulnerables, socava la donación altruista y alienta el lucro incontrolado y la trata de seres humanos. Esos pagos transmiten la idea de que algunas personas carecen de dignidad, de que son meros objetos que los demás pueden utilizar.

No existe consenso, sin embargo, sobre otros contratos que tienen que ver con la propia persona y su dignidad: los que se dirigen a llevar a la práctica una *gestación por sustitución*. En España el contrato es nulo, pero la diversidad de legislaciones ha favorecido el turismo a países en los que la práctica es legal y ha planteado en nuestro país, y en otros en los que la práctica está prohibida, el problema jurídico del tratamiento que debe darse a la filiación del niño nacido.

El Tribunal Supremo ha rechazado la inscripción de una filiación mediante vientre de alquiler practicada en el extranjero por entender que es contraria al orden público



internacional español, del que formarían parte la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, el riesgo de explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza o la mercantilización de la gestación y de la filiación. Por ello, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia 853/2013, de 6 de febrero, apuntó como soluciones jurídicas compatibles con la prohibición legal del contrato de maternidad subrogada la determinación de la filiación del niño nacido respecto del progenitor biológico, si alguno de los comitentes lo es, y la adopción en los demás casos.

A pesar de esta sentencia, el criterio de la Administración española, a partir de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 5 de octubre de 2010, es que procede la inscripción en el Registro Civil de la filiación a favor de los comitentes en todos los casos en los que se aporte resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional extranjero competente en la que se determine la filiación del nacido, se haga constar que no se produce una vulneración del interés superior del menor y se recoja el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante. Algo que deben hacer los Registros Civiles en los que se solicita, de acuerdo con el criterio confirmado por la citada Dirección General en reiteradas ocasiones.

De manera general cabe observar, por otra parte, que en el Derecho de la persona, tanto la moral como el orden público se desplazan hacia una protección de los intereses individuales. Sucede aquí que el concepto de *orden público*, que en su origen era una noción represora de la persona y su autonomía en defensa de lo que se consideraban intereses de la sociedad, ha cambiado su papel. Ha pasado a transformarse de limitador de la autonomía de la persona a erigirse en defensor de la misma persona y de su libertad.

Resultan significativas de este *nuevo modelo de orden público* las consideraciones vertidas en el auto del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016 por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad contra la limitación legal de la legitimación para solicitar el cambio en la mención registral del sexo y del nombre a las personas transexuales mayores de edad. La limitación del ejercicio de los derechos fundamentales derivada del orden público, dice el Tribunal, es difícilmente justificable, en tanto ese orden público no esté relacionado con la madurez del menor o con la protección del mismo.

Otro ejemplo del nuevo concepto de *orden público* que se impone en el Derecho de la persona se aprecia en la jurisprudencia de la Sala Primera por lo que se refiere a los apellidos de un menor en los casos de reclamación de la paternidad extramatrimonial. En una materia tradicionalmente considerada de orden público, por el interés del Estado en la identificación de sus ciudadanos, la normativa actualmente vigente permite el acuerdo de los progenitores acerca del orden de los apellidos y, cuando no existe acuerdo, si el niño ha venido usando desde su nacimiento el apellido de la madre, el Tribunal Supremo, desde la sentencia 659/2016, de 10 de noviembre, ha puntualizado que el interrogante al que se debe responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos (poner en primer lugar el paterno, como «requiere» la tradición y reclaman los padres) como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor.

En el Derecho de la persona, finalmente, debe hacerse mención expresa a las limitaciones que se imponen a

quienes, por su falta de madurez debido a su edad o a su discapacidad intelectual, requieren que otros decidan por ellos o con ellos, sustituyéndoles o complementando su capacidad para tomar decisiones en los ámbitos que les afectan.

En primer lugar, a partir de ciertas edades, se impone el reconocimiento de una autonomía creciente del menor, en función de su juicio, de su madurez. Esta «autonomía» del menor, ajustada a la naturaleza del acto de que se trate, viene justificada habitualmente por el respeto a la dignidad del menor, en especial en el ámbito de los derechos de la personalidad. Sin embargo, debe atemperarse con las exigencias de su protección, lo que conlleva un equilibrio en el alcance de la capacidad que se les reconoce con las funciones atribuidas a sus guardadores, padres o tutores.

En segundo lugar, para las personas con discapacidad, la adaptación de nuestro Derecho a la Convención de las Naciones Unidas de protección de las personas con discapacidad, exige el máximo respeto a la voluntad de la persona, como exigencia del reconocimiento de su dignidad, de su identidad personal. Por ello, el control de sus decisiones solo debe dirigirse a evitar la manipulación o el abuso de terceros. La consecuencia práctica en este punto de partida es que, en la medida de lo posible, cuando se trate de incumbencias personales, debe decidir ella, si es preciso tomando la decisión con el apoyo de los familiares y personas de su entorno y de su confianza. Cuando no tenga juicio suficiente para tomar la decisión y sea necesario hacerlo por otra persona en su lugar, es imprescindible que se respete la voluntad que haya podido manifestar con anterioridad mediante la llamada *autotutela* o los poderes preventivos.

Autotutela y poderes preventivos se basan en los mismos principios: de una parte, el respeto a la voluntad de la persona afectada por la discapacidad expresada antes de que esta sobrevenga y, de otra, la confianza en la persona a la que se designa para que, en su caso, sea nombrada tutora o en el apoderado que se hará cargo de los asuntos de la persona con discapacidad. Se trata, sin embargo, de dos figuras diferentes: la autotutela presupone la aplicación del sistema de incapacitación y consiguiente constitución de la institución de guarda, tutela o curatela, de modo que la previsión voluntaria se dirige, precisamente, a designar al tutor o a excluir a quien podría ser nombrado tutor, de acuerdo con el orden de prelación legal; por el contrario, el otorgamiento de poderes preventivos permite la configuración de un sistema de protección no judicializado de personas que no están en condiciones de decidir por sí pero que, en una situación previa de plena capacidad, deciden voluntariamente organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos cuando no pueda hacerlo por sí (otorgando, cuando es plenamente capaz y a favor de una persona de su confianza, un poder para que se haga cargo de su persona y de sus bienes cuando no pueda hacerlo por sí).

## **b) La regulación de las relaciones familiares**

En una sociedad democrática, la moral y el concepto de *orden público* se identifican con los principios y los valores constitucionales, que son la expresión del sistema imprescindible en nuestro ordenamiento. Eso significa, por ejemplo, que han dejado de ser de orden público la autoridad y la jerarquía familiar. En cambio, nos encontramos con un nuevo orden público, que resulta, fundamentalmente, de la exigencia del principio de igualdad y el reco-

nocimiento de los derechos fundamentales de los miembros de una familia.

Las reformas legales operadas después de la Constitución han ido introduciendo en el Derecho de familia los principios constitucionales de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad. La razón de ello se encuentra en el reconocimiento del pluralismo como valor esencial de la Constitución y, consiguientemente, la admisión de diferentes modelos de familia.

Con anterioridad, el Derecho identificaba en la familia, en todo lo relativo a las relaciones familiares, la presencia de un interés público, de cuya tutela se encargaban en exclusiva los órganos del Estado o, a lo sumo, los propios órganos familiares. La ordenación objetiva de las relaciones familiares se hallaba inspirada en el principio de comunidad y eran relaciones de subordinación al marido y al padre. La autonomía, en definitiva, estaba muy restringida y los ámbitos sobre los que se podían establecer acuerdos o en los que eran posibles actos de autonomía eran muy reducidos y apenas se limitaban a algunos aspectos económicos del matrimonio.

Desde hace algunos años se ha convertido en un lugar común entre los juristas hablar de la «privatización» y la «contractualización» del Derecho de familia, lo que significa básicamente que prevalecen las opciones personales, la voluntad individual y que las relaciones familiares se abren al juego de la autonomía privada. La transformación de la sociedad ha sido aquí el motor que ha impulsado todos estos cambios.

En un pasado no muy lejano los tribunales, no solo los españoles, consideraron inmorales los contratos por los que se favorecía al otro miembro de una pareja extramatrimonial (fundamentalmente, en los casos de donaciones a amantes y «concubinas»). En la actualidad, en un

contexto social en el que muchas parejas optan por no casarse, el Tribunal Constitucional ha entendido que la imposición de un régimen legal a quienes voluntariamente no han querido contraer matrimonio supone una vulneración del libre desarrollo de su personalidad, consagrado constitucionalmente en el artículo 10 de la Constitución (sentencia, Pleno, 93/2013, de 23 abril).

Este planteamiento abre al pacto el ámbito natural de regulación de las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de una pareja no matrimonial y refuerza la doctrina jurisprudencial que ya con anterioridad había excluido la aplicación analógica de la regulación prevista para el matrimonio, en especial por lo que se refiere al régimen económico matrimonial, a las parejas no casadas.

Este planteamiento enlaza, además, con la idea de que el Estado ofrece un cauce institucional garantizado constitucionalmente, el matrimonio, al que pueden acceder también las personas del mismo sexo y para cuya celebración se admite una pluralidad de formas civiles y religiosas, de modo que, quien no se casa, es porque no quiere.

Cuestión diferente es el reconocimiento de efectos por el Estado, en especial de carácter público (beneficios sociales, pensiones de viudedad...) que por razones de no discriminación y de protección de todo tipo de familia vienen exigidas por el propio Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para las parejas de hecho «de derecho», esto es, las registradas que puedan acreditar una convivencia efectiva.

Hay razones que explican que en el ámbito de la familia sea necesaria la intervención de autoridades y, señaladamente del juez, con más frecuencia que en otras ramas del Derecho. También que muchos actos de autonomía

familiar (casarse, divorciarse, reconocer un hijo, adoptar) requieran exigencias de forma más rigurosa y solemnes que la mayoría de los contratos.

Ello es así porque las relaciones jurídicas familiares (el matrimonio, la filiación) determinan a otros efectos la posición de la persona en la sociedad y el acceso a situaciones en las que el Estado ostenta un interés evidente (adquirir la nacionalidad o la residencia, prestaciones sociales). También porque en la organización de las relaciones familiares están en juego intereses de quienes, por su falta de madurez, no pueden hacerlo por sí, como es el caso de los menores.

En particular, hay ámbitos en los que la intervención del juez no puede sustituirse por la voluntad de los interesados. Por ejemplo, para autorizar previamente o aprobar algunos reconocimientos de filiación (en caso de incesto, reconocimiento por un incapaz o por un menor, o la de un menor cuando el representante no da su consentimiento); para la adopción, dado que no existe la «adopción privada»; para declarar la nulidad matrimonial; para declarar la separación o el divorcio cuando hay hijos menores; para privar de la autoridad familiar o la patria potestad; para «borrar» una filiación que quedó determinada, incluso voluntariamente (la inscripción de la paternidad en virtud del reconocimiento accede al Registro Civil con el consentimiento de la madre, pero el acuerdo de ambos no será suficiente para eliminar una filiación determinada e inscrita, dado que las inscripciones del Registro se encuentran bajo la salvaguarda de los tribunales).

Para la adopción de muchas decisiones de la vida ordinaria no es imprescindible la intervención del juez si existe un acuerdo, y los repertorios jurisprudenciales muestran que en la práctica no son raros los conflictos entre

los padres sobre algunos aspectos como la elección del colegio, el tipo de educación de los hijos, en especial en el ámbito de la formación religiosa, si hacen o no la primera comunión, etc. Estos conflictos pueden tramitarse como actos de jurisdicción voluntaria, aunque en ocasiones dan lugar incluso a una petición de modificación de las medidas previamente acordadas sobre la guarda y custodia del menor. En especial cuando se refieren a aspectos tan trascendentes como los cambios de domicilio, sobre todo si afectan a la localidad de residencia, el desplazamiento a un lugar lejano, muy en particular si comporta una salida al extranjero. Un cambio de este alcance puede repercutir en todo el conjunto de medidas, como las visitas, los alimentos o los gastos de desplazamiento.

El interés del menor explica que, cuando los padres se separan, incluso aunque medie un acuerdo, la adopción de estas medidas requiera la aprobación judicial. De tal manera que el juez no aprobará los acuerdos si son dañosos para los hijos.

La propia ley excluye la validez de determinados contenidos de un acuerdo. Así, por ejemplo, por expresa previsión legal, no pueden compensarse alimentos (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 529/2015, de 23 de septiembre). Cuestión diferente es que se rebaje la pensión de alimentos en atención a que el progenitor deba asumir más gastos por el motivo que sea, por ejemplo, el mayor coste del desplazamiento necesario para hacer efectivo el régimen de visitas que se acuerde.

En los procesos de separación y divorcio, aunque no haya menores, la ley también impone un control de los acuerdos alcanzados por las partes, de modo que no se aprobarán los que sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En la separación y el divorcio nota-



riales, que solo son posibles cuando no haya hijos menores, si el notario aprecia que alguno de los acuerdos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o de los hijos mayores dependientes económicamente, debe dar por terminado el expediente y solo podrá acudir al juez para la aprobación del convenio regulador presentado por las partes.

Un terreno en el que todavía no se ha profundizado suficientemente es el de la posibilidad de que mediante los acuerdos se produzca una violación de derechos fundamentales de alguna de las partes, lo que está vedado en nuestro ordenamiento. El derecho al trabajo o la libertad de residencia, la libertad religiosa o el libre desarrollo de la personalidad excluirían la validez de pactos en los que las relaciones y las situaciones jurídicas se establecieran condicionadas a la renuncia al libre ejercicio de estos derechos: por ejemplo, condicionando la atribución de la guarda de los hijos a la residencia en determinado lugar, a la práctica de determinada religión, a no tener nueva pareja o no casarse. Cuestión distinta es que, en atención a las circunstancias, cualquiera de estos factores puedan propiciar un cambio en las medidas acordadas inicialmente si afectan al interés del menor. También deben mirarse con cautela los acuerdos por los que se imponga la obligación de indemnizar en caso de separación o divorcio, por ejemplo, por año de duración del matrimonio, por poder ser contrarios tanto al orden público matrimonial como a la ética y a la moral social, en la medida en que pueden condicionar la posibilidad de poner fin a una relación.

Incluso cuando existe un marco institucional y legal que regula los derechos y las obligaciones entre las partes, como sucede en el caso del matrimonio, los tribunales respaldan los acuerdos que hayan podido alcanzar

(por ejemplo, sobre pago de pensiones o de la hipoteca o sobre el uso de la que fue vivienda familiar). Aunque la solución acordada no sea la que hubiera derivado de la aplicación de la ley en ausencia de acuerdo. Siempre que el acuerdo se haya alcanzado libremente y no se vulneren derechos fundamentales (por ejemplo, quien se obliga queda privado de lo necesario para subsistir si cumple su compromiso), desplegará su eficacia entre las partes, como manifestación del respeto a su autonomía privada.

El *interés superior del menor* se ha convertido, según afirmación expresa del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en un principio de orden público en el Derecho español. Precisamente porque por sus circunstancias no están en condiciones de hacer efectivos por sí mismos sus derechos fundamentales.

Esta idea es especialmente relevante para el Derecho de familia porque la interpretación jurisprudencial del interés del menor está convirtiendo en buena medida a esta rama del Derecho en un Derecho de los menores. Esta afirmación se justifica porque es el interés del menor el criterio decisivo para la solución de muchos conflictos familiares (si se adopta o no la custodia compartida, o a quién y cómo se atribuye el uso de la vivienda familiar, tanto en las crisis matrimoniales como en las crisis de parejas no matrimoniales, o para fijar régimen de visitas de parientes y allegados: el juez puede imponerlas contra la voluntad de los padres y en interés del menor).

La proclamación del interés superior del menor tiene una consecuencia directa en la eficacia de la autonomía: la de que todos los acuerdos que puedan adoptarse son susceptibles de revisión judicial para dejar a salvo el interés del menor. Pero es importante destacar que eso no significa que se descarte la autonomía privada. Por el contrario, los legisladores entienden, y es razonable que sea

así, que el ejercicio responsable de los deberes de guarda incluye la conveniencia para el menor de un acuerdo de los padres, que se tiene en cuenta de manera prioritaria para adoptar las medidas sobre los menores.

El concepto de *orden público* se sigue utilizando para excluir formas de relaciones familiares procedentes de otras culturas: la poligamia, por ejemplo, por entender que es contraria a las reglas básicas sobre las que se organiza la familia conforme a la Constitución; sin embargo, la protección de los hijos o de las esposas lleva a admitir efectos jurídicos periféricos para facilitar, por ejemplo, la reagrupación familiar o derechos de alimentos o sucesorios. El orden público, por tanto, no se aplica de una manera rígida, sino que se flexibiliza para admitir efectos que se consideran justos y razonables.

Además del nuevo orden público familiar, la autonomía privada tiene como límite las normas imperativas (normas que se aplican sin que las partes puedan excluir su aplicación). El carácter imperativo del Derecho de familia conectaba con la idea de la familia como célula básica de la sociedad, como un instrumento para la socialización de los individuos. En la actualidad, por lo que se refiere al contenido de las relaciones familiares, hay que partir de la presunción de que el Derecho es dispositivo, supletorio de la voluntad de las partes. Este principio se declara de manera expresa, con distintas formulaciones, en algunos Derechos autonómicos (en Aragón, en Navarra, en Cataluña, en Valencia). Para el Derecho común, aunque no existe norma expresa fuera del ámbito contractual, puede deducirse a partir de los principios recogidos en los artículos 1 y 10 de la Constitución (el respeto a la libertad y el libre desarrollo de la personalidad).

Al mismo tiempo, la lectura de las leyes, en especial las autonómicas, que son las que más abundantemente han

legislado sobre Derecho de familia, pone de relieve una tendencia a introducir normas imperativas de manera expresa. De esta forma, las leyes autonómicas establecen derechos irrenunciables, en especial en materia de vivienda o en la atribución de ciertas asignaciones económicas, para las que se excluyen las renunciaciones previas. La explicación de esta tendencia legislativa se encuentra, sin duda, en la extensión a los nuevos modelos de familia de esquemas, de contenidos que proceden de la regulación del matrimonio.

Aparecen aquí todas las ideas tradicionales del Derecho de familia como Derecho de contenido fundamentalmente ético, que ahora se apoya en las ideas de solidaridad y en la consideración de la familia como un entramado más del Estado social de Derecho. La protección de la familia se traduce en la imposición de deberes entre sus miembros, para todos los modelos de familia. De ahí la importancia de contar con el debido asesoramiento a la hora de fijar los acuerdos y conocer los límites que se fijan a la autonomía de la voluntad en el nuevo Derecho de familia.

Por otra parte, se identifica una tendencia a fijar límites materiales para garantizar la justicia de los acuerdos en el momento de su cumplimiento. En particular, incluso cuando no hay menores, las normas de Derecho de familia introducen la posibilidad de revisión de los acuerdos por cambio de las circunstancias.

Se trata del juego de la *cláusula rebus*: la aplicación de esta cláusula está prevista en la ley para los convenios reguladores que, aun habiendo sido aprobados judicialmente, pueden ser modificados. La cláusula ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia, por ejemplo, para valorar la eficacia de los acuerdos previos de renuncia a una pensión.

La aplicación de este principio implica que los acuerdos son válidos, pero pueden ser ineficaces si en el momento en que se exige su cumplimiento se observa que han cambiado de modo extraordinario las circunstancias, de tal manera que una de las partes resulta imprevisiblemente perjudicada: por ejemplo, quien asumió el pago de una pensión, se ha arruinado; o, por el contrario, quien renunció a toda compensación económica ha perdido su trabajo o ha contraído una grave enfermedad.

La consecuencia, por tanto, es la de que un cambio de las circunstancias que llevaron a alcanzar un acuerdo permite que se lleve a cabo su revisión con el fin de ajustar los compromisos a nuevas circunstancias sobrevenidas que no se tuvieron en cuenta en un momento anterior.

### **c) La ordenación de la sucesión por causa de muerte**

La libertad de testar es la expresión con la que se suele hacer referencia a la autonomía privada en el ámbito del Derecho de sucesiones. La libertad testamentaria es variable, aun dentro del Derecho español, en los diferentes sistemas jurídico-sucesorios que conviven en nuestro territorio como consecuencia del reconocimiento constitucional de los Derechos civiles forales o especiales.

Hay otras muchas instituciones que, para cada ordenamiento jurídico de forma diferente, configuran los límites a la voluntad en el Derecho de sucesiones (derechos legales a favor del viudo, reserva lineal, reserva binupcial, sucesión troncal), pero la doctrina identifica en las legítimas el principal límite a la libertad de testar, en la medida en que la legítima es un derecho legal a una participación mínima en la herencia de ciertos parientes y/o cónyuge. De este modo, salvo que concurra alguna de las causas previstas expresamente en la ley

(causa de desheredación), el causante no puede privar a los legitimarios de su derecho.

La *legítima* tiene en sus orígenes un fundamento de solidaridad intergeneracional y familiar. Por ello, los datos sociológicos refuerzan los argumentos que se dirigen, si no a suprimir, al menos a debilitar las legítimas. Así, el aumento de la esperanza de vida, de modo que cuando fallecen los padres han cumplido con creces los deberes de educación y de formación de sus hijos o la ausencia en buena parte de las familias de un patrimonio que se transmite de generación en generación, son datos que refuerzan las opiniones contrarias a una legítima fuerte y su sustitución por unas limitaciones a la libertad de testar establecidas por la ley a favor del cónyuge y determinados parientes en función de sus relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento.

Las últimas reformas legales en ordenamientos próximos y en los distintos derechos civiles españoles, así como las propuestas de reforma del Código Civil, tienden a reducir la legítima, bien por lo que se refiere a quiénes son legitimarios, a qué porción de la herencia tienen derecho o a la propia configuración de la legítima como simple derecho de crédito y no como cuota de los bienes del causante. A la misma tendencia parecen obedecer las interpretaciones jurisprudenciales que facilitan la desheredación de aquel legitimario que no ha mantenido una relación familiar con el causante, al que ha abandonado durante sus últimos años de vida (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 258/2014, de 3 de junio; 59/2015, de 30 de enero).

También en el Derecho de sucesiones el orden público se vincula cada vez más al principio de no discriminación y a la tutela de los derechos fundamentales, que

jugarían aquí como límite a la libre disposición del testador. Desde este punto de vista la pregunta que debe formularse es la de si el testamento y la libertad de testar están sometidos al principio de igualdad y no discriminación.

La discriminación puede estar conectada al sexo, la religión, las ideas políticas: testamento racista, o sexista, que excluye a los hijos casados con persona de una etnia diferente o de determinada religión o a las hijas por el hecho de ser mujeres, etc.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección 4.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2004, caso Pla et Puncernau contra Andorra), seguida por nuestro Tribunal Constitucional (sentencia, Sala Primera, 9/2010, de 27 de abril, filiación adoptiva), permitiría rechazar la eficacia de las voluntades sucesorias privadas que no respeten los principios de igualdad. Incluso cuando los beneficiarios lo son por la exclusiva voluntad del disponente y la atribución no es un derecho reconocido legalmente, la tendencia es la de imponer el principio de igualdad en todas las relaciones privadas y que el aparato del Estado solo respalde las disposiciones que respondan a ese principio y no discriminen por algunas de las razones proscritas por el artículo 14 de la Constitución (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión).

Las disposiciones *mortis causa* pueden igualmente imponer condiciones al favorecido —de no casarse, o de hacerlo, o de convertirse a determinada religión, o de abjurar de ella—, y es polémica la concreción de los límites que deben respetar para ser válidas. Parece razonable sostener que, si se respetan los límites a la libertad de testar impuestos en cada caso por el legislador —en particular, los derivados de la legítima—, la autonomía de la vo-

luntad del testador debería ser respetada, porque no se ve cómo se vulneran los derechos mediante la imposición de condiciones para la adquisición de una herencia o legado a quien no tiene derecho a recibir la liberalidad. Con ello no se le privan de derechos fundamentales —de hecho, puede casarse o no— y otra cosa es que, con su decisión, no llegue a adquirir o se vea privado de una herencia que, por ley, no podía exigir. En definitiva, esa sería la grandeza de la libertad personal del llamado: ejercerla a costa de no recibir algo a lo que tampoco tiene un derecho establecido por la ley.

Puesto que es una sucesión que se rige por sus propios principios, merece mención aparte el caso de la transmisión de los títulos nobiliarios. A pesar de su tutela por el Estado, paradójicamente, ni para el Tribunal Constitucional español ni para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es exigible que esta sucesión se aparte de los criterios discriminatorios con los que nacieron (sentencias del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 27/1982, de 24 de mayo; Pleno, 126/1997, de 3 de julio; decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección 4.<sup>a</sup>, de 28 de octubre de 1999, caso María de la Consolación Fernández de Córdoba y otras contra España). Algo que el legislador español, con cierta sensibilidad, solo ha remediado parcialmente para la discriminación por razón de sexo por ley de 2006, que ni siquiera se considera aplicable a los supuestos de cesión y de distribución de títulos (criterio del Tribunal Supremo respaldado por las sentencias del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 159/2014, de 6 de octubre; Sala Segunda, 168/2014, de 22 de octubre), pero no ha tomado en consideración, por el momento, a los hijos extramatrimoniales (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 135/2016, de 8 de marzo).



#### **d) El Derecho patrimonial**

El fundamento idealista de la noción de *autonomía* y las ideas propias del liberalismo de la época codificadora no explican la situación actual de la libertad contractual para las que la libertad era algo previo que se imponía al legislador. El legislador solo podía limitar la libertad con el fin de hacer efectiva la misma libertad, limitar las libertades individuales para garantizar el ejercicio pacífico de los derechos de los demás.

La atención de otro tipo de consideraciones explica que la autonomía privada no goce en el Derecho civil actual del alcance que se le reconocía en épocas anteriores. Hoy son muchas las relaciones privadas en las que el juego del mercado atribuye a una de las partes un poder capaz de multiplicar la desigualdad, por lo que la defensa de la función reguladora de la autonomía y la libertad no puede hacerse sin matices. Es ilustrativo recordar el caso del Derecho del trabajo y el paradigma de la figura del trabajador como contratante «débil». Este sector del ordenamiento nació como un sistema destinado a limitar y restringir el juego de la autonomía individual en la regulación del contrato de trabajo por las consecuencias inaceptables que su libre ejercicio comportaban para la dignidad de la persona. Este es un camino que el Derecho civil está recorriendo en la actualidad.

El presupuesto del reconocimiento de la autonomía es la simetría del poder negociador entre las partes. De ahí la necesidad de que el legislador y los tribunales intervengan, cada uno en cumplimiento de su función, cuando la desproporción entre la fuerza contractual de las partes permita apreciar una situación de asimetría. En el Derecho de contratos son especialmente relevantes los límites que proceden de la protección del consumidor, principio

rector de la política social y económica (artículo 51 de la Constitución). El incremento de los deberes de información a cargo del empresario y del profesional y el carácter abusivo de determinadas cláusulas no negociadas son posiblemente los aspectos fundamentales del desarrollo de este principio por el legislador español y europeo (al amparo, ahora, del artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Tanto en este caso como en el de los límites procedentes del Derecho de la competencia se mezclan y se confunden las reglas dirigidas a proteger a la parte débil en las relaciones contractuales con las que aspiran a realizar intereses generales. La regulación de la competencia, forma de ejercicio de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), tanto a nivel nacional como europeo (artículos 101 y ss. del Tratado de la Unión Europea), proclama como objetivos no solo el beneficio de los empresarios, sino también el de los intereses de los consumidores. Eso explica que, progresivamente, los instrumentos de tutela colectiva y los de tutela individual se ofrezcan como alternativas compatibles, lo que difumina cada vez más los efectos de la reacción legal frente a los comportamientos que se quieren desincentivar.

Igualmente se desvanece la diferencia entre la finalidad de protección de los intereses individuales de la parte débil y los intereses de los demás acreedores y los generales de la economía con la implantación de nuevos valores en la esfera de las garantías convencionales (protección de empresas en crisis, y favorecimiento de la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor en detrimento de los privilegios tradicionales de los acreedores garantizados, protección del deudor persona física sobre el endeudado, proporcionalidad de las garantías y exclusión de las excesivas...).

La exigencia de transparencia en la contratación bancaria y financiera, que ha llevado a declarar total o parcialmente abusivas las cláusulas suelo, de intereses moratorios o de gastos, se extiende también a otros sectores de contratación, como el de los seguros, lo que exige un proceso de revisión de las prácticas de las compañías (por ejemplo, por lo que se refiere a las ventas vinculadas y ventas combinadas) y de los contenidos de los contratos de seguro.

En la esfera patrimonial concurren fenómenos aparentemente contradictorios en la configuración del ámbito de la autonomía privada. De una parte, un factor determinante de los cambios es la pérdida de protagonismo del Estado y la autorregulación del mercado, elementos destacados por la doctrina en el ámbito de los negocios internacionales donde la globalización de la economía ha ido unida a su privatización, lo que también tiene su reflejo en el ámbito interno, en especial en todos aquellos sectores en los que se desarrolla la autorregulación como consecuencia de la inadecuación legislativa ante los cambios tecnológicos, la innovación y la complejidad de las relaciones sociales y económicas. En este contexto, lo peculiar es la eficacia de este poder de regulación privado, que en ocasiones pretende extenderse, prescindiendo del principio de relatividad contractual, a terceros que no lo han suscrito.

Paradójicamente, al mismo tiempo que se amplía la autonomía, aumentan las posibilidades de reducir su eficacia. Al principio clásico de inmutabilidad del contrato, precisamente como reflejo del respeto a la autonomía, se opone en la actualidad la admisión de la modificación del contrato por la ley, que ordena la sustitución de la cláusula pactada por lo previsto en una disposición legal. La integración conforme a la ley, por

razones de prevención general —según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea— no tiene lugar en los contratos con consumidores donde, sencillamente, se elimina la cláusula abusiva (un interés o una pena excesivas, por ejemplo) porque, de lo contrario, si la única consecuencia fuera una reducción al límite legal, no se eliminarían los incentivos para utilizar cláusulas abusivas (sentencias del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 14 de junio de 2012, caso Banco Español de Crédito SA contra J. C. C., y de 30 de mayo de 2013, caso E. J. contra Aegon Magyarország Hitel Zrt.). Con todo, el mismo tribunal ha admitido que el juez nacional debe sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho nacional si la nulidad de la cláusula comportara la nulidad del contrato entero, en detrimento de la posición jurídica del consumidor (auto, Sala Sexta, de 11 de junio de 2015, caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA contra F. Q. U. y M. I. S. G., y sentencia, Sala Primera, de 21 de enero de 2015, caso Unicaja Banco SA y Caixabank SA contra H. J. R. y M. M. R. L., y otros). En la práctica, en definitiva, se reduce el papel de la nulidad de todo el contrato como reacción frente a contenidos contrarios a la ley y se favorece su mantenimiento, pero con un contenido que sea conforme a la ley.

Frente a la labor que se asignaba al intérprete de la ley en época de la codificación, en la actualidad asistimos además a un protagonismo judicial que en la aplicación de cláusulas generales como la buena fe o el abuso del derecho dan lugar a un derecho de creación jurisprudencial en el que, sin llegar a sustituir al legislador, se corrige la autonomía privada. La tensión entre los principios de seguridad jurídica y justicia contractual es por ello constante.

Así, aunque el Derecho español carece de una disposición general que permita la modificación judicial de las relaciones obligatorias en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias, la situación de crisis económica ha movido a un sector de la doctrina, siguiendo la estela de las propuestas europeas de armonización del Derecho de contratos, a exigir la revisión de la tradicional aplicación excepcional de la cláusula *rebus sic stantibus*. Los aires de renovación han llegado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo con excesos (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 333/2014, de 30 de junio; 591/2014, de 15 de octubre) y retrocesos (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 66/2015, de 19 de mayo; 447/2017, de 13 de julio) y se han reflejado en los anteproyectos españoles de modernización del Código Civil (artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborada en 2009 por la sección primera de la Comisión General de Codificación), del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 (artículo 416-2) y en la Propuesta de Código Civil publicada en 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (artículo 526-5).

A su vez, asistimos a una transformación de la moral y el orden público; los límites que impone el artículo 1255 del Código Civil a la autonomía privada.

En primer lugar, al tratar de concretar el contenido de la moral es un lugar común la referencia a las convicciones de *ética social* imperantes en la comunidad en un momento dado. Algunas leyes imperativas han convertido en norma jurídica lo que el legislador consideraba criterio moral exigible. Por ejemplo, la que se ocupa de los contratos de maternidad subrogada. Históricamente, también han influido consideraciones morales en los variables tratamientos de los contratos de jure, de la usura,

del seguro sobre la vida ajena o del *pacto de quota litis*, con planteamientos similares en la evolución del Derecho en diferentes sistemas jurídicos que responden a la misma tradición.

En la práctica jurisprudencial, *la moral* se ha desplazado del ámbito de la vida sexual privada (de lo que daba cuenta la jurisprudencia, no tan antigua, sobre acuerdos y donaciones en el ámbito de las relaciones amorosas) y no desaparece, pero funda hoy, dentro del concepto de *interés general*, la moralidad de los ciudadanos en las relaciones económicas. Un signo de preocupación ética es la ratificación en 2010 del Convenio número 173 del Consejo de Europa sobre corrupción, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, cuyos artículos 7 y 8 refuerzan su control también en el sector privado. El propio Convenio, en su preámbulo, declara dirigirse a proteger a la sociedad de la corrupción, a la que se considera «una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad».

En el ámbito de las relaciones económicas, con independencia de la valoración penal de las conductas, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha considerado contrario a la moral y a los principios éticos el acuerdo que permitía «el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura» (sentencia 1049/2006, de 24 de octubre), o la compra de votos de unos acreedores para su expresión en la junta de gradua-

ción de un expediente de quiebra (sentencia 760/2006, de 20 de julio), o el contrato que hace un uso ilícito de los beneficios fiscales (sentencia 52/2012, de 2 de febrero).

Se trata de aplicaciones puntuales de principios éticos en supuestos muy concretos. Con carácter más general sería deseable que, paulatinamente, se fueran integrando también en el ámbito del Derecho de contratos las exigencias éticas de los códigos de conducta, reglas de comportamiento interno asumidas voluntariamente, bien sean generadas por la propia empresa (en especial las multinacionales, que incluyen el compromiso de que sus subcontratistas también las respeten) o bien sean elaboradas en el ámbito de acuerdos marco con sindicatos, con organizaciones no gubernamentales, asociaciones de consumidores o grupos medioambientales... Las actuales demandas de la sociedad exigen que las empresas fomenten aspectos como la transparencia y el equilibrio entre la productividad y el desarrollo social. Y las empresas, a veces con el mero propósito de mejora de su imagen, se comprometen a comunicar sus acciones de progreso (así, en el UN Global Compact o Pacto Mundial de las Naciones Unidas), asumen responsabilidades públicas que alcanzan valor publicitario y, por ende, contractual, o generan expectativas que dan lugar al nacimiento de obligaciones implícitas o a la consolidación de usos con valor vinculante.

De esta forma, las técnicas normativas y las puramente contractuales de integración, cuando se den los presupuestos para ello, convierten al contrato en un vehículo para la difusión de prácticas respetuosas con los valores éticos en los negocios. Pero, además, y sobre todo, la incorporación de estas exigencias a la ética empresarial y profesional, a las prácticas, actividades y contratos, sugiere una nueva cultura ética, la creación de una nueva mo-

ral que permite un control de la autonomía más allá del cumplimiento de la legalidad.

Por su conexión con la ética, debe hacerse una referencia al papel que desempeña *la buena fe* en el ámbito de la autonomía privada. La buena fe, a pesar de que no se menciona como un límite a la autonomía en el artículo 1255 del Código Civil, es relevante en la interpretación e integración que de los contratos hacen los tribunales. De una parte, porque la buena fe es un principio general del derecho reconocido por el artículo 7 del Código Civil y, de otra, porque el artículo 1258 del Código Civil ordena integrar el contenido de los contratos con las obligaciones que, aun no estando expresamente pactadas, sean conformes a la buena fe. En la medida en que la jurisprudencia identifica el contenido de la buena fe con la ética imperante, no es extraño que el resultado final sea el de acabar atribuyendo a la buena fe un papel de control de validez de los contratos.

Además, en el Derecho vigente, y procedente de la Directiva de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la buena fe juega un papel importante para valorar el desequilibrio entre las obligaciones y los derechos de las partes, en perjuicio del consumidor, y permite calificar una cláusula no negociada individualmente como abusiva.

Por su conexión con la moral y los principios éticos, la referencia a la buena fe en las propuestas europeas de armonización del Derecho europeo de contratos trataría de equilibrar, con arreglo a criterios objetivos, la falta de referencia en tales textos a la moral. En el artículo 521-2 de la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, sin prescindir de la moral, se enuncia como límite del contenido del contrato



que las estipulaciones pactadas por las partes no contravengan la buena fe.

La buena fe abre la puerta a un control judicial del contenido del contrato con arreglo a criterios de justicia. En muchas ocasiones, sin necesidad de recurrir al principio de la buena fe, lo que ha sucedido es que, o bien no ha existido verdadero consentimiento contractual, o que el mismo ha estado viciado por la situación de dependencia, necesidad, ignorancia o inexperiencia de una de las partes. Este punto de vista es precisamente el que aconseja contemplar los supuestos de «ventajismo», en los que una de las partes obtiene unas ventajas desproporcionadas en un contrato, como de anulación del contrato por vicio del consentimiento (expresamente, así se hace en el artículo 527-9 de la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, con inspiración en el artículo 1301 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos elaborada en 2009 por la sección primera de la Comisión General de Codificación y en las propuestas armonizadoras del Derecho de contratos).

Por otra parte, la noción de *orden público*, que en el artículo 1255 del Código Civil aparece como límite institucional a la autonomía contractual, se adapta a los cambios sociales y económicos. Como entidad flexible y cambiante refleja los valores fundamentales de la sociedad que deben ser respetados de manera coherente en todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Dando por supuesto que el Derecho privado se ocupa de manera inmediata de los intereses particulares y que la autonomía privada tiene en este ámbito un papel primordial, la construcción de categorías especializadas de orden público, como el orden público económico o, más recientemente, un orden público colectivo, permite in-

corporar la protección de nuevos intereses sociales como límite a la autonomía. Un ejemplo de ello es la aparición del denominado *orden público ecológico o ambiental*.

Los límites a la autonomía privada se encuentran hoy, fundamentalmente, en la Constitución, también en el ámbito de la contratación. La «constitucionalización» del Derecho civil exige que la tutela de intereses colectivos, como los que se aglutinan en torno a los valores medioambientales (artículo 45 de la Constitución) deban ser respetados también en las relaciones privadas, entre particulares. De acuerdo con la función atribuida al orden público, el ecológico se erigiría, en primer lugar, como límite de los contenidos contractuales contrarios a los principios ambientales. Desde este punto de vista el concepto de *orden público ambiental* constituiría un límite a la autonomía en el sentido de que impondría la nulidad de las cláusulas contractuales contrarias a las exigencias de protección medioambiental.

Pero, además, en segundo lugar, la función del orden público, según las visiones más modernas del Derecho de contratos, es la de actuar como guía positiva, instrumento de reequilibrio contractual que o bien impone a las partes comportamientos o deberes de información más allá de los establecidos legalmente, o exige una interpretación y una integración de los contratos privados conforme a los principios constitucionales. Merece la pena señalar que es posible detectar algún tímido indicio de la introducción de estos planteamientos en las decisiones de los tribunales, cuando interpretan pactos sobre distribución contractual de los gastos de descontaminación o coberturas de seguros de responsabilidad civil ambiental o el valor de una transacción sobre la eficacia para las partes de un contrato de una decisión ambiental administrativa.

Puesto que la igualdad es un valor constitucional fundamental es preciso también dotar de eficacia a la prohibición de *discriminación* en el ámbito de la contratación privada. Pero resulta difícil fijar su alcance. Ciertamente, frente a la tradicional consideración de que la libertad contractual permitía elegir a la contraparte de la manera más absoluta (elijo con quién contrato y cómo contrato), se ha impuesto la exigencia de eficacia de los derechos fundamentales no solo frente a los poderes públicos, sino también en las relaciones horizontales, entre particulares, al menos cuando los bienes y servicios se ofrecen al público, en el mercado. La consecuencia inmediata sería la imposibilidad de seleccionar a la contraparte con criterios de discriminación como el sexo, la raza o la religión. Sin embargo, los problemas de prueba de la discriminación —por mucho que el legislador trate de facilitarla mediante la inversión de la carga de la prueba—, así como la dificultad de encontrar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, hacen que en este ámbito quede todavía mucho por hacer. Basta pensar en que las negativas de inmobiliarias y particulares a arrendar viviendas a determinadas etnias no se lleva a cabo de manera abierta y las mayores exigencias de documentación y garantías requeridas a los inmigrantes que solicitan un crédito al consumo se justifican formalmente por las mayores dificultades de acreditación de la solvencia y de posterior cobro a quien no tiene arraigo en nuestro país.

Existe una sanción penal de las conductas discriminatorias (artículos 511 y 512 del Código Penal, y hay condenas a porteros de discotecas y propietarios de locales de ocio por no dejar entrar a personas de etnia gitana, de raza negra o a transexuales por el hecho de serlo, y a vendedores de coches por negarse a vender a «gitanos y moros»). Además, en el Derecho privado, recogiendo nor-

mativa supra e internacional, desde el año 2007 se establece la nulidad por discriminación de los actos que constituyan discriminación por razón de sexo. No resulta muy evidente de qué se predica la nulidad y la jurisprudencia había admitido ya con anterioridad una solución más práctica, el resarcimiento de daños, incluidos los morales (sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 314/1999, de 10 de abril; 283/2011, de 20 de abril). Desde junio de 2018 se declara también la nulidad de las cláusulas y pactos que excluyan a una de las partes por tener VIH/sida u otras condiciones de salud, lo que tiene especial relevancia en el sector del seguro, donde se prohíben la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas por razón de tener VIH/sida u otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente.

Desde otra óptica, se considera acto de competencia desleal el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta con el fin de promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones (por ejemplo, la «exclusividad» de una zona residencial), a no ser que medie causa justificada (por ejemplo, carecer de medios de pago). Esta normativa, que tiene como fin proteger el correcto funcionamiento del mercado, permite imponer diversas medidas disuasorias de las conductas discriminatorias, como la cesación de la conducta, la publicación de la sentencia que la declara desleal y el resarcimiento de los daños.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pese a las protestas del riesgo de pérdida de competitividad de las

aseguradoras, declaró nulo el precepto que permitía excepcionar la regla general de igualdad de tarifas entre hombres y mujeres y poder así utilizar el sexo como factor del cálculo de primas del seguro (vida, automóviles y enfermedad). El tribunal consideró que, con independencia de los argumentos basados en los cálculos actuariales, la norma era incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que declaran el respeto de la diversidad y prohíben toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual (sentencia, Gran Sala, de 1 de marzo de 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBLYann van VugtCharles Basselier contra Conseil des ministres).

A pesar de que la ley identifica a las personas con discapacidad como colectivo susceptible de ser discriminado (expresamente desde el año 2011), el desigual tratamiento dispensado por la jurisprudencia menor a la negativa de una aseguradora a concertar seguros de enfermedad a niños nacidos con síndrome de Down refleja la complejidad del tema. La solución de algunos casos puede requerir un debate social sobre la conveniencia de que sea el sector privado, los demás consumidores en última instancia —o, por el contrario el Estado, todos los ciudadanos entonces— quienes deban asumir, por ejemplo, las consecuencias de los riesgos derivados de algunas desigualdades de hecho, como los gastos de aseguramiento de algunas enfermedades o discapacidades.

En otras ocasiones, dada la dimensión colectiva del enfoque antidiscriminatorio, hay que confiar en que se pro-

duzca una transformación social y cultural que acabe excluyendo a quien discrimine de manera incoherente con los valores sociales aceptados de forma mayoritaria y deje de aceptarse con normalidad la aplicación de precios diferentes en el acceso a algunos establecimientos, como las discotecas.

Dentro del ámbito del Derecho patrimonial, finalmente, debe hacerse una referencia a las razones que permiten limitar la autonomía en el ámbito de la *propiedad y los derechos reales*.

Es comúnmente admitido que, en el ámbito de la propiedad y de los derechos reales, el reconocimiento de la autonomía ha sido, y debe ser, menor. Así se advierte también en las propuestas europeas de armonización del Derecho de contratos, como el Borrador del Marco Común de Referencia, que recuerda cómo los modos de adquirir y transmitir los derechos reales o los efectos de la posesión pueden afectar a terceros.

Precisamente, desde el punto de vista de la autonomía privada, esta es la fuente de los conflictos que se plantean entre particulares. Resulta preciso, por ello, fijar con precisión —lo que no sucede en la actualidad, ni en la legislación ni en las interpretaciones jurisprudenciales— las condiciones en las que son oponibles a terceros las formas de propiedad que pueden caracterizarse (propiedad en garantía, o adscripción de bienes a ciertos fines por razones empresariales, familiares o filantrópicas), así como los derechos sobre cosa ajena que quepa imaginar (con función de disfrute y, sobre todo, de garantía).

El reconocimiento del derecho de propiedad privada (artículo 33 de la Constitución) debe compatibilizarse con la seguridad jurídica, protegida al más alto nivel como principio vertebrador del ordenamiento (artículo 9.3 de la Constitución). Es exigible por ello publi-

dad y claridad en la determinación del contenido de los derechos que plasmen los particulares y en las formas de propiedad que configuren para atender a finalidades legítimas.

En este espacio se trata, sobre todo, de evitar que los intereses de los terceros se vean defraudados. Al mismo tiempo, la idea política de libertad, sumada nuevamente al planteamiento económico de que una propiedad gravada a perpetuidad (con derechos ajenos de uso y disfrute, con prohibiciones de disponer) es una propiedad estéril, justifica que se limite temporalmente la duración del gravamen o de las prohibiciones (artículos 515, 781, 785 del Código Civil; en la jurisprudencia, sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 191/2015, de 3 de marzo), o que se reconozca alternatively una facultad de «desistimiento» o, mejor, de redención, aunque sea a costa de un precio (artículos 546 y 603 del Código Civil), o incluso que se impongan igualmente, con el fin de evitar incertidumbres que generen inseguridad y devalúen los bienes, limitaciones temporales al ejercicio de derechos que pueden cambiar la titularidad o aun la existencia del derecho sobre las cosas (artículos 1508 del Código Civil, 14 del Reglamento Hipotecario, 53.2 de la Ley del Suelo de 2015...).

Junto al requisito de la temporalidad, las mismas razones justifican la exigencia de una causa, de un fundamento razonable de la limitación (de carácter social, familiar...) como presupuesto para que el ordenamiento puede amparar la imposición a terceros, adquirente o subadquirentes, de límites a la libertad del tráfico (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 13 de diciembre de 1991, recurso 727/1990). Por la misma razón, en las formas de copropiedad parecen admisibles las imposiciones a los sucesivos adquirentes, sin contar por tan-

to con su consentimiento, de limitaciones o privaciones de derechos que respondan a la necesidad de organización o destino del propio bien, pero no otras que incorporen por voluntad del dueño actual y, para los futuros propietarios, un avasallamiento de la propiedad a favor de otros.

Si se admite que expresan ideas y valores esenciales para la organización económica, estas reglas no serían solo normas aplicables a los ámbitos concretos para los que el legislador las establece de forma expresa. Por el contrario, constituirían la manifestación de principios de orden público, límite a la autonomía privada también en aquellas configuraciones de derechos para las que el legislador guarda silencio. La admisibilidad y aplicación de los límites debe llevarse a cabo, por tanto, con un criterio teleológico de la función y finalidad de las figuras creadas por los particulares. La valoración de un principio como de orden público no se dirige a limitar la autonomía privada por razones dogmáticas vinculadas a una figura concreta sino a proteger valores que se consideran determinantes de la organización económica, del interés general o, incluso, de un interés particular que se considera digno de protección; como cuando, junto a los intereses de terceros, se protegen los del propio deudor que, por ejemplo, ha consentido la atribución al acreedor del valor dado en garantía, con riesgo de desproporción con el importe de la deuda (expresamente, solo para la prenda y la hipoteca, en el artículo 1859 del Código Civil, pero el criterio es aplicable a garantías atípicas —*cfi*: sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, 413/2001, de 26 de abril; 141/2013, de 1 de marzo—, a la vez que se permite el pacto de apropiación del bien si media determinación objetiva del precio —*cfi*: sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 390/2010, de 24 de junio—).



## IV FINAL

Las respuestas a las preguntas acerca de lo que pueden y no pueden hacer los particulares, en sus relaciones personales y en sus relaciones con los demás, son la clave del objeto del Derecho civil.

¿Pueden unos padres pactar que, si separan, uno de ellos no tendrá ninguna obligación respecto de los hijos que tengan en común? ¿Pueden firmar con un club un contrato que comprometa el futuro profesional deportivo de su hijo menor? ¿Pueden pactar un hombre y una mujer que el primero le donará su semen sin que ninguno pueda ejercitar una acción de filiación para que se establezca la paternidad? ¿Puede una persona nombrar a un representante para que se haga cargo de todos sus asuntos cuando envejezca? ¿Puede la ley imponer a una pareja que no desea casarse todo un régimen de derechos y obligaciones? ¿Puede la pareja pactar ese régimen con total libertad y con cualquier contenido? ¿Puede un matrimonio pactar que uno de ellos requerirá para sus actuaciones profesionales y económicas la licencia del otro? ¿Y que necesitará su permiso para cambiar de trabajo? ¿Y que deberá indemnizarle si se quiere divorciar? ¿Puede un novio antes de casarse renunciar a todos los derechos que legalmente le corresponderían según la ley en caso de divor-

cio? ¿Y queda obligado el esposo que se compromete a pagar una pensión al otro aunque este trabaje y no la necesite? ¿Puede una señora nombrar heredero a aquel de sus sobrinos que se haga de un partido político, o de determinada religión, o que no se case, o que no lo haga con persona de determinada religión o etnia? ¿Puede un padre nombrar herederos de todos sus bienes a su esposa? ¿Y dejar en herencia un bien a un hijo con la condición de que no lo pueda vender hasta cumplir cierta edad, o de que nunca lo venda y deba transmitírselo a sus hijos, y estos a los suyos, y así indefinidamente, de generación en generación? ¿Puede una empresa del sector negarse a asegurar a un niño con síndrome de Down, o un gimnasio rechazar a determinados clientes por su discapacidad intelectual, o una empresa de transporte aéreo denegar el embarque a personas sordas que no vayan acompañadas? ¿En qué condiciones puede un consumidor negociar con su banco una nueva cláusula suelo en la que se rebaje el tipo del suelo o asumir el pago de todos los gastos de constitución de la hipoteca y de todos los impuestos? ¿Puede el propietario de una vivienda venderla, o regalarla, con la obligación de que se vincule a determinado destino? ¿Se puede imponer un régimen de comunidad en el que ninguno de los comuneros podrá vender su parte a terceros o pedir la división de la cosa común? ¿Puede un promotor que construye una vivienda imponer a los sucesivos compradores determinado destino a las fincas?

Hay más ámbitos concretos en los que se pueden explorar las limitaciones que se imponen a la autonomía privada. En la actualidad, el estudio de todas las instituciones de Derecho civil aborda de manera puntual las relaciones de cada marco normativo con la autonomía privada.

El análisis de conjunto, desde una aproximación funcional del papel que deben desempeñar los límites a la autonomía en los diferentes sectores que conforman el Derecho civil, permite identificar las razones que explican las limitaciones admisibles en cada ámbito y, en consecuencia, los criterios que deberían tener en cuenta tanto el legislador como el juez para imponer restricciones a la autonomía. En este contexto, el poder de los derechos fundamentales apunta a una jerarquía de valores que contribuye a advertir que, cada vez más, se trata de proteger a la persona, principal objeto de atención del Derecho civil. No se trata tanto de limitar la voluntad por razones de un interés general como de proteger a los individuos de los abusos que derivan de la desigualdad, del ejercicio abusivo de una superioridad económica o estructural, tanto en las relaciones personales y familiares como en las relaciones contractuales y patrimoniales.

Este enfoque permite también valorar si las consecuencias previstas cuando se produce la vulneración de los límites admisibles son coherentes con el fundamento y la finalidad con los que se establecen. A su vez, propicia una elaboración más matizada de los remedios técnico-jurídicos que dan respuesta a los actos que no respetan los límites a la autonomía. Según los casos, la ineficacia de la renuncia de derechos, la inoponibilidad, la ineficacia frente a terceros del acto o del contrato que mantiene su eficacia obligacional entre las partes, la falta de vinculación para las partes, la responsabilidad por daños, la cesación de la conducta y la publicidad de su ilicitud, la reducción de los efectos del negocio, la recalificación del contrato o la integración y la sustitución por el contenido de los derechos excluidos. En definitiva, en función del propósito que se persiga, la consecuente respuesta del

ordenamiento no debe ser necesariamente la nulidad del acto, del contrato, del negocio jurídico, sino la necesaria en cada caso para restablecer el equilibrio que se ha visto vulnerado.

## BIBLIOGRAFÍA

Aunque en otros sistemas jurídico-civiles de nuestro entorno se están produciendo transformaciones semejantes por lo que se refiere al alcance de la autonomía en las relaciones privadas, el escenario geográfico de esta Lección es el ordenamiento jurídico español.

Para su preparación ha sido fundamental la relectura de los trabajos de Federico de Castro Bravo (en especial, sus «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, vol. 35, n.º 4 [1982], pp. 987-1086); de Jesús Delgado Echeverría (en especial, «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ISSN 0214-8676, n.º 29 [2006], pp. 195-218); de Luis Díez-Picazo (en especial, «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, n.º 7765 [2011] y «Altibajos de la autonomía de la voluntad», en *Glosas sobre Federico de Castro*, Luis Díez-Picazo (dir.), Civitas, 2015, pp. 165-181, ISBN 978-84-470-5350-6); de Gabriel García Cantero (en especial, *Revisión y puesta al día de J. Castán Tobeñas, Derecho civil español, común y foral*, varios tomos y ediciones); de José Luis Lacruz Berdejo (en especial, «El principio aragonés

“Standum est Chartae”», en *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, vol. 39, n.º 3 [1986], pp. 683-762).

La Lección, además, es deudora de los trabajos publicados por varios profesores en tres obras colectivas sobre la autonomía privada que fueron gestadas en el marco del «Proyecto de investigación DER 2014-522252-P: Análisis de las fronteras de la autonomía de la voluntad en el Derecho civil» (Ministerio de Economía y Competitividad), desarrollado en la Universidad de Zaragoza durante los años 2014 a 2017, y del que he sido investigadora principal:

- *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*, M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán (coord.), Editorial Comares, 2016. ISBN 978-84-9045-409-1:

José Ignacio Lacasta Zabalza, «Voluntad, autonomía, lo público y lo privado: una perspectiva histórica»; Ángel Luis de Val Tena, «Los límites a la libre voluntad de las partes en la relación laboral: de la inderogabilidad de las normas imperativas a la indisponibilidad de los derechos: a propósito del orden público laboral»; Aurelio Barrio Gallardo, «Los límites a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia»; Inmaculada Llorente San Segundo, «La prohibición de la discriminación y su incidencia en la contratación privada»; Juan Antonio García García, «Los límites a la autonomía de la voluntad en relación con las facultades dispositivas sobre los bienes inmuebles»; Roncesvalles Barber Cárcamo, «Los límites de la autonomía privada en la representación voluntaria»; José Luis Argudo Pérez, «Límites de la autonomía de la voluntad y mediación en derecho privado».

- *La autonomía privada en el Derecho civil*, M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán (coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016. ISBN 978-84-9135-326-3:

Francisco Javier Andrés Santos, «Los límites a la autonomía privada en la perspectiva histórico-comparatista»; Silvia Gaspar Lera, «Límites a la autonomía privada en el derecho de la persona»; Cristina de Amunátegui Rodríguez, «Límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja»; Antoni Vaquer Aloy, «Los límites a la autonomía privada en el derecho de sucesiones»; Francisco Oliva Blázquez, «Límites a la autonomía privada en el derecho de los contratos: la moral y el orden público»; Encarna Cordero Lobato, «Sobre lo imperativo en nuestro derecho de garantías»; Ángel Bonet Navarro, «Eficacia ordenadora del principio de autonomía privada y de sus límites en el sistema procesal civil».

• *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán (dir.), Silvia Gaspar Lera (coord.), Editorial Comares, 2017. ISBN 978-84-9045-521-0:

Francisco Javier Andrés Santos, «La autonomía privada desde una perspectiva histórico-comparada»; María Victoria Sesma Urzaiz, «Algunas limitaciones legales de la autonomía privada en el Derecho romano»; Alejandro Villa Torrano, «La moral como límite a la autonomía privada: Una aproximación desde la metaética»; Cristina de Amunátegui Rodríguez, «Relaciones económicas entre cónyuges y parejas y autonomía de la voluntad»; Ángel Luis Rebolledo Varela, «Límites a la autonomía de la voluntad para el acceso al Registro de los pactos sobre transacciones patrimoniales incorporadas en el convenio regulador»; Gabriel García Cantero, «Reforme de la filiation en Europa (droits de l'enfant... ou droit à l'enfant?)»; María José García Alguacil, «El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad»; Cristina Gil Membrado, «Límites a la voluntad en la rectifica-

ción registral de la mención relativa al sexo y al nombre discordante del menor de edad con disforia de género»; Aurelio Barrio Gallardo, «Parejas de hecho, autonomía privada y régimen económico-matrimonial»; Sara Zubero Quintanilla, «Exclusión e inadmisión de miembros en asociaciones privadas como apoyo en el principio de autonomía de la voluntad»; Ángela Alonso Martínez, «La renuncia a la pensión compensatoria en un pacto prematrimonial: el juego de la autonomía de la voluntad»; Antoni Vaquer Aloy, «Libertad, igualdad y solidaridad»; Paloma de Barrón Arniches, «Límites a la libertad de testar en los Derechos civiles españoles de legítima colectiva»; Andrés Miguel Cosialls Ubach, «La partición hereditaria de la explotación agrícola y su desmerecimiento»; Francisco Oliva Blázquez, «La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación»; Ana Díaz Martínez, «Límites de la autonomía de la voluntad en la organización del régimen de propiedad horizontal: promotor inmobiliario, propietario y comunidad»; Ignacio Moralejo Menéndez, «La obligación de capitalización de deuda en los acuerdos de refinanciación de las sociedades en crisis: Un límite a la libre conformación de la voluntad social»; José Luis Argudo Périz, «Los contratos asimétricos de integración en el nuevo marco del Derecho agroalimentario español y europeo»; Juan Antonio García García, «La autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales inmobiliarios»; Inmaculada Llorente San Segundo, «El principio de autonomía de la voluntad y las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias en el acceso a la vivienda»; Miguel Ángel Tenas Alós, «¿Existe realmente autonomía de la voluntad en los actos contractuales de adhesión?»; Ángel Bonet Navarro, «La autonomía de la voluntad y sus límites en el sistema procesal civil español»; Javier López



Sánchez, «Limitaciones de la autonomía de la voluntad y legitimación: Consideraciones a partir del estudio del Derecho concursal»; Alicia Armengot Vilaplana, «La aplicación de oficio por el juez civil de las normas de orden público (con especial referencia a la apreciación de las cláusulas contractuales abusivas)»; Francisco de Asís González Campo, «Ampliación de la autonomía de la voluntad en el proceso penal español: oportunidad, mediación y *compliance*»; Salvatore Mazzamuto, «Relazione introduttiva»; Bénédicte Fauvarque-Cosson, «L'autonomie de la volonté en droit des contrats»; Giuseppe Grisi, «Autonomía contrattuale e regolazione»; María Raquel Guimaraes, «A conformação da liberdade pela cláusula geral da ordem pública»; Samuel Fulli-Lemaire, «L'autonomie de la volonté en droit international privé européen de la famille»; José Luis Moreu Ballonga, «Autonomía de la voluntad y sus límites en el llamado Código Foral aragonés»; Valeria Piergigli, «Governance societaria e quote di genere: l'approccio del legislatore italiano»; Walter Howard Alanis, «Los límites a la autonomía de la voluntad en la solución consensuada de las cuestiones alimentarias en el Derecho uruguayo»; Adalberto Pasqualotto, «Límites a la autonomía de la voluntad en el Código de defensa del consumidor de Brasil»; Pablo Rey Vallejo, «La autonomía de la voluntad en el ámbito del procedimiento arbitral»; Antonio Miguel Cayón Galiardo, «El derecho tributario y la autonomía de la voluntad»; Antonio J. García Gómez, «El difícil encaje de la fiducia aragonesa en la normativa fiscal sucesoria: (de cómo lo tributario “reinterpreta” la autonomía de la voluntad)»; Fernando Valdés Dal-Ré, «Los límites a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo»; Sara Alcázar Ortiz, Ángel Luis de Val Tena, «Los límites a la autonomía de la voluntad en la relación laboral especial del personal de alta dirección».



# ÍNDICE

PREÁMBULO.....	9
I. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN Y EL GO- BIERNO DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PARTICULARES	11
II. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.....	19
III. APLICACIONES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA .....	23
a) El Derecho de la persona.....	23
b) La regulación de las relaciones familiares.....	30
c) La ordenación de la sucesión por causa de muerte .....	39
d) El Derecho patrimonial .....	43
IV. FINAL.....	59
BIBLIOGRAFÍA .....	63



*Este libro se terminó de imprimir  
en los talleres del Servicio de Publicaciones  
de la Universidad de Zaragoza  
el 5 de septiembre de 2018*

