

PROF. DR. WERNER FLUME  
Profesor emérito en la Universidad de Bonn

# EL NEGOCIO JURÍDICO

Parte general del Derecho civil

TOMO SEGUNDO

Cuarta edición, no modificada

Traducción:

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ  
Catedrático de Derecho civil  
de la Universidad Autónoma de Madrid

y  
ESTHER GÓMEZ CALLE  
Profesora Titular de Derecho civil  
de la Universidad Autónoma de Madrid

## CAPÍTULO I

LA ESENCIA DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD  
Y DEL NEGOCIO JURÍDICO\*

## § 1. LA AUTONOMÍA PRIVADA

*1. La autonomía privada como principio de nuestro Ordenamiento jurídico*

Se llama autonomía privada al principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad. La autonomía privada es una parte del principio general de la autodeterminación de las personas. Este principio es, según la Constitución, un principio previo al Ordenamiento jurídico y el valor que con él debe realizarse está reconocido por los derechos fundamentales<sup>1</sup>.

El principio de la autonomía privada se materializa con un alcance diverso en los distintos Ordenamientos jurídicos. La autonomía privada también ha tenido diversa vigencia en la evolución histórica de cada Ordenamiento jurídico. No existe ningún Ordenamiento jurídico que no reconozca la autonomía privada. Pero en un Ordenamiento socialista la autonomía privada está reducida a un ámbito limitado. Pues en la medida en que no existan relaciones jurídicas privadas, tampoco existe para el particular posibilidad de configuración jurídica en uso de su autodeterminación.

\* Cfr. FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, Festschr. Deutscher Juristentag (1960), I, pp. 135 y ss.; MERZ, *Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit*, 1970, y cit. p. 1, n. 1; Manfred WOLF, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, 1970, y cit.

<sup>1</sup> Esta valoración de la autonomía privada y de la libertad contractual como parte de la misma en general está vigente en el mundo occidental. Cfr., por ejemplo, OFTINGER, *Die Vertragsfreiheit, Die Freiheit des Bürgers im Schweiz. Recht*, 1948, pp. 315 y ss.; KESSLER, *Festschr. M. Wolff*, 1952, pp. 67 y ss., 71.

## 2. Autonomía privada y Ordenamiento jurídico

La autonomía privada exige conceptualmente la existencia correlativa del Ordenamiento jurídico. Los particulares sólo pueden configurar relaciones jurídicas que sean figuras jurídicas propias del Ordenamiento jurídico, y la configuración autónoma de relaciones jurídicas sólo puede tener lugar mediante actos que sean reconocidos por el Ordenamiento jurídico como tipos de actos de configuración jurídico comercial. La configuración autónomo-privada de relaciones jurídicas está determinada, por tanto, por el Ordenamiento jurídico en su forma y en su posible contenido. Es cierto que el particular tiene que decidir, dentro del ámbito de la autonomía privada, si y qué relaciones jurídicas quiere configurar, así como en relación a qué objetos y personas. Pero solamente puede obrar configurando jurídicamente en los actos que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición como tipos de actos, y sólo puede configurar las relaciones jurídicas que determine el Ordenamiento jurídico y del modo como éste disponga. El Ordenamiento jurídico contiene, para la configuración autónomo-privada, un *numerus clausus* de tipos de actos y de relaciones jurídicas configurables por ellos.

La autonomía privada, aparte de que sólo pueda desarrollarse en el marco del *numerus clausus* de tipos de actos y relaciones jurídicas fijado por el Ordenamiento jurídico, se limita además de diferentes maneras por el mismo Ordenamiento. Prohibiciones generales y especiales restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada. En numerosos casos, se hace depender la eficacia de un acto de autonomía privada de una autorización administrativa (por ejemplo, precios autorizados, autorización de la transmisión de un inmueble, etc.). La autonomía privada encuentra sus límites en las «buenas costumbres». En caso de contravención de las buenas costumbres, el acto de autonomía privada es nulo (§ 138). De todo ello se tratará después de modo especial.

No puede plantearse sensatamente la pregunta de si el «verdadero» fundamento de la vigencia del acto de autonomía privada es la configuración autónomo-privada del individuo o el Ordenamiento jurídico<sup>2</sup>, por ejemplo, si el contrato de compraventa o la norma del § 433 es el «verdadero» fundamento de que el vendedor esté obligado a entregar la mercancía y el comprador a pagar el precio. Ambos, la configuración autónomo-privada de las relaciones jurídicas (por ejemplo, el contrato

<sup>2</sup> Cfr. sobre esto ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, I, 152 y ss.; ENN.-NIPPERDEY, I, § 49, N. 1. Zit.

de compraventa por acuerdo sobre cosa y precio) y el Ordenamiento jurídico (§ 433) son fundamento jurídico inescindible de la vigencia del acto de autonomía privada (del contrato de compraventa). La configuración autónomo-privada, por una parte, sólo tiene eficacia jurídica si y en la medida en que el Ordenamiento jurídico lo establezca. El Ordenamiento jurídico, por otra parte, determina las consecuencias jurídicas conforme a la configuración autónomo-privada, porque el reconocimiento de la autonomía privada es un principio fundamental del Ordenamiento jurídico como parte del reconocimiento de la autodeterminación de la persona.

## 3. Efectos jurídicos en virtud de configuración autónomo-privada y efectos jurídicos legales

### a) Efectos jurídicos configurados por la autonomía privada y efectos jurídicos legales

Los efectos jurídicos producidos en virtud de la autonomía privada son siempre, ciertamente, efectos jurídicos legales, en la medida en que el acto de autonomía privada sólo tiene eficacia jurídica en virtud del Ordenamiento jurídico. El Ordenamiento jurídico se limita, sin embargo, a atribuir eficacia jurídica a la configuración autónomo-privada en la medida en que la reconoce. Por eso, con razón se puede hablar de efectos jurídicos en virtud de la autonomía privada. Por otro lado, son consecuencias jurídicas legales aquéllas que se producen sólo en virtud de la Ley, en cuanto que la Ley determina la consecuencia jurídica valorando jurídicamente relaciones y acontecimientos, en especial actos humanos.

Como comparación, confrontemos el § 433 y el § 823.I. De acuerdo con la estructura general de la norma jurídica, en ambos párrafos hay supuesto de hecho normativo y consecuencia jurídica. Si se celebra un contrato de compraventa (supuesto de hecho normativo), entonces como consecuencia jurídica del § 433 el vendedor está obligado a entregar la mercancía, y el comprador a entregar el precio. Por el contrario, si cualquiera lesiona dolosa o culposamente la vida, etc., de otro antijurídicamente (supuesto de hecho normativo), entonces está obligado conforme al § 823.I a indemnizar los daños ocasionados (consecuencia jurídica).

La consecuencia jurídica del contrato de compraventa se produce porque las partes han acordado que el vendedor debe entregar al com-

prador la mercancía y el comprador debe pagar el precio al vendedor. El Ordenamiento jurídico solamente pone en vigor el acuerdo de las partes contratantes. En el caso del acto ilícito, por el contrario, la consecuencia jurídica de la indemnización de los daños se produce porque el Ordenamiento jurídico valora la lesión antijurídica y dolosa o culpable de la vida etc. de modo que el agente debe estar obligado a indemnizar los daños.

#### b) Consecuencias jurídicas legales en virtud de la autonomía privada

Según las normas de la compraventa, por el contrato de compraventa se producen numerosos efectos jurídicos que no han sido acordados por las partes contratantes, y en los que, la mayor parte de las veces, las partes ni siquiera han pensado, por ejemplo, las consecuencias jurídicas cuando la cosa se pierde antes de la entrega, cuando la entrega es defectuosa, etc. Estas consecuencias jurídicas también lo son del contrato de compraventa. La diferencia con la regulación del acto ilícito es que estas consecuencias, aunque no han sido pactadas, son otorgadas por el Ordenamiento jurídico en consideración al pacto. Si el vendedor destruye culpablemente la cosa vendida después de celebrar el contrato, entonces esta conducta del vendedor —a diferencia de lo que sucede en el caso del § 823.I— no será valorada *per se*, sino en relación al contrato de compraventa. Porque el vendedor ha hecho imposible culpablemente el cumplimiento del contrato de compraventa, está obligado a la indemnización de los daños o el comprador puede resolver el contrato de compraventa (§ 325)<sup>3</sup>. De este modo, muchas veces La Ley determina consecuencias jurídicas para los actos de configuración autónomo-privada de relaciones jurídicas.

#### c) Pretensiones contractuales que no han sido acordadas

A las pretensiones nacidas de un contrato se las llama pretensiones «contractuales», aun cuando ellas mismas no hayan sido objeto de acuerdo. Así, la pretensión del comprador contra el vendedor por daños y perjuicios a causa de la destrucción culpable de la cosa (§ 325), o a

<sup>3</sup> La disposición del § 325 se refiere en general al contrato obligatorio bilateral; la compraventa es el más importante contrato obligatorio bilateral.

causa de mora (§ 326) es una pretensión contractual, aunque las partes, por regla general, no pacten que deba surgir una pretensión semejante. La pretensión es contractual en estos casos no sólo en el sentido formal de que presuponga la celebración de un contrato de compraventa conforme a la regulación legal. Más bien es de naturaleza contractual por su contenido, porque la otorga la Ley en atención a que la obligación del vendedor de entregar la cosa fue acordada mediante el contrato de compraventa. La pretensión «contractual» de indemnización de daños y perjuicios ocupa el lugar de la consecuencia jurídica pactada, porque ésta no se ha cumplido.

#### d) Derechos «contractuales» y «legales» para la disolución o terminación de una relación contractual

Distinta es la terminología corriente respecto de los derechos para disolver o terminar una relación contractual (paradigmas: facultad resolutoria o de desistimiento unilateral). Sólo se habla de facultad «contractual» de resolver o de facultad de desistir cuando estos derechos son pactados. Si la Ley concede un derecho a resolver (por ejemplo, §§ 325, 326) o a denunciar unilateralmente (por ejemplo, § 565), se habla entonces de facultad legal de resolver o desistir. Esta terminología se puede justificar en que la facultad legal de resolver o desistir, aun cuando presuponga el contrato —a diferencia de la pretensión «contractual» no acordada— no es una consecuencia jurídica en cumplimiento del contrato, sino para la disolución o terminación del mismo.

#### e) Importancia de la distinción entre los efectos jurídicos producidos por la autonomía privada y los producidos por la Ley

La diferencia entre los efectos jurídicos producidos por la autonomía privada y los efectos jurídicos legales no se destacará nunca bastante. Para la decisión jurídica, tratándose de la configuración de las relaciones jurídicas por la autonomía privada, lo que importa siempre es que esta configuración se produce en uso de la autodeterminación. Por ejemplo, lo que hayan convenido el comprador y el vendedor en el contrato de compraventa, vale porque ha sido convenido. Aparte de casos excepcionales en los que el contrato de compraventa no sea reconocido por la Ley (por ejemplo, § 134 y § 138), no hay que preguntarse, a la

hora de decidir respecto de las consecuencias jurídicas del contrato de compraventa, si están «justificadas». Tienen su justificación en el acuerdo del contrato de compraventa, es decir, en la autodeterminación. A la autodeterminación, en los límites en que es reconocida por el Ordenamiento jurídico, se le da preferencia en la valoración jurídica.

Si se trata de consecuencias jurídicas en virtud de un acto de autonomía privada que no vengan determinadas por el mismo acto, entonces los efectos jurídicos resultan realmente de una valoración jurídica de circunstancias o acontecimientos. También la configuración autónomo-privada tiene preferencia, sin embargo, en esa valoración jurídica. La valoración jurídica tiene que producirse en atención a la autonomía privada. La pretensión «contractual» establecida legalmente para la indemnización de daños y perjuicios por el interés en el cumplimiento, por ejemplo, obtiene su contenido de la reglamentación del contrato efectuada por la autonomía privada, en cuanto que el obligado a reparar los daños y perjuicios debe colocar a la otra parte, por medio de una prestación pecuniaria, en la misma situación patrimonial que tendría si se hubiera cumplido el contrato.

La configuración autónomo-privada, en la medida en que valga, es sencilla de observar en la decisión jurídica. En el caso de todas las demás decisiones jurídicas se trata, por el contrario, de valorar jurídicamente circunstancias y acontecimientos, en especial actos humanos.

#### 4. Configuración autónomo-privada de relaciones jurídicas y creación del Derecho

La configuración autónomo-privada de relaciones jurídicas no es creación del Derecho. SAVIGNY<sup>4</sup> ya advirtió que «la expresión plurívoca autonomía» ha contribuido mucho al «error» de entender que el individuo en el campo de vigencia del principio de la autonomía privada crea Derecho. Igual que el individuo no puede ser juez en sus propios asuntos, tampoco puede ser legislador. Pero, por otra parte, debe tener vigencia jurídica la configuración de la relación tal como la haya efectuado el individuo en uso de su autodeterminación. Ahora bien, el fundamento de la vigencia, sin embargo, es doble: la autodeterminación y su reconocimiento por el Ordenamiento jurídico. La autodeterminación, por el contrario, no da al acto de autonomía privada la calificación

<sup>4</sup> System, I, p. 12, N. b.

material de Derecho como realización de la idea de la justicia. Del legislador hay que esperar que tenga la intención de hacer realidad la idea de la justicia. En cambio, quien celebra un contrato de compraventa, lo hace en su propio provecho. Naturalmente, no debe cometer ningún ilícito, pero es legítimo que persiga su beneficio.

La problemática de la autonomía privada consiste en que al acto de autonomía privada le falta la calificación de Derecho, y sin embargo la configuración efectuada por él debe ser Derecho. Para dominar estos problemas, existen múltiples determinaciones de contenido y limitaciones del Ordenamiento jurídico a la autonomía privada, de modo que ésta sólo puede ser eficaz dentro de las fuertes estructuras del mismo Ordenamiento. La configuración autónomo-privada en virtud de su reconocimiento por el Ordenamiento jurídico, vale, hasta donde alcance el reconocimiento, igual que una norma jurídica.

#### 5. El principio de la autonomía privada como reconocimiento de la «autarquía» del individuo en la configuración creadora de relaciones jurídicas

La vigencia del principio de la autonomía privada significa el reconocimiento de la «autarquía» del individuo en la configuración creadora de relaciones jurídicas. En el ámbito de la autonomía privada rige la máxima: *stat pro ratione voluntas*. Cuando un padre favorece en su testamento desigualmente a sus hijos, esto vale como Derecho, aun cuando no se vea ninguna razón para la desigualdad y aparezca como «injusta». La libertad de testar, es decir, el derecho a disponer autónomamente sobre el patrimonio por causa de muerte, sin embargo, está limitada tanto por las normas generales (por ejemplo, § 138) como por normas especiales del Derecho de Sucesiones (de las legítimas). En la medida en que valga la autodeterminación de la autonomía privada, no es aplicable ninguna regulación extraña, ni siquiera la decisión del juez. El juez no puede declarar un testamento nulo por considerarlo injusto. Obviamente, sin embargo, un testamento no es válido cuando contravenga las buenas costumbres (§ 138) o normas prohibitivas, o cuando el testador no observe las limitaciones a la libertad de testar, como si, por ejemplo, priva de la legítima a un legitimario sin que exista una de las causas fijadas legalmente.

La configuración autónoma de relaciones jurídicas, en la medida en que sea reconocida por el Derecho, no necesita ninguna otra justifica-

ción más que la de que el individuo la quiere. Ciertamente la libertad de configuración autónoma, como BALLERSTEDT<sup>5</sup> con razón ha vuelto a destacar, ha de ser entendida idealmente «como libertad en el sentido de vinculación moral», «como una libertad, por lo tanto, que a sí misma se hace Ley; en lo ético, moralidad, en lo jurídico, Derecho». Sin embargo, el reconocimiento jurídico de la configuración autónoma es independiente de que la libertad se ejerza en ese sentido ideal.

Sólo considerando que la autonomía privada significa el reconocimiento de la «autarquía» del individuo en la configuración de relaciones jurídicas, se llega a entender con qué alcance y bajo qué presupuestos el Ordenamiento jurídico debe dar cabida a la configuración autónoma de relaciones jurídicas.

#### 6. El obrar autónomo como actuación para sí mismo, no como actuación para otros

##### a) El contrato como forma principal de la configuración autónoma de relaciones jurídicas

Como actuación «autárquica», la configuración autónoma de relaciones jurídicas sólo se reconoce en principio por el Ordenamiento jurídico, cuando alguien obra autónomamente para sí mismo. El principio de la autonomía privada no confiere ninguna legitimación para obrar «autárquicamente» para otros. Pero por regla general por una relación jurídica resultan afectados varios. Por eso, la configuración autónoma de relaciones jurídicas necesita, por regla general, la colaboración de varios, concretamente de los que van a ser afectados por la relación jurídica. La idea del contrato es que lo acordado contractualmente vale porque los contratantes, cada uno en uso de su autodeterminación, han pactado que debe ser Derecho. Como regla general el Ordenamiento jurídico, en cuanto admite la validez del contrato incluso en perjuicio de ambos contratantes, parte de que el contratante mismo ha establecido la regulación del contrato.

A menudo se enseña que el contrato encarna en sí mismo una garantía de justicia: puesto que los intereses en cuestión deben ser garantizados recíprocamente por los contratantes, su cooperación en la configuración contractual de relaciones jurídicas conduce a «una com-

<sup>5</sup> Die Grundrechte, III, 1, p. 67.

posición de los intereses opuestos en el sentido de lo justo». Esta doctrina ha sido formulada por SCHMIDT-RIMPLER<sup>6</sup>.

Con toda seguridad es cierto que en el contrato los intereses opuestos se garantizan recíprocamente por los contratantes. Cada contratante se preocupa de sí mismo. Pero si el individuo defiende su interés en el contrato —a su favor o en su contra— y en qué medida, es asunto suyo, propio de su autodeterminación, siempre que se mantenga dentro de los límites establecidos por el Ordenamiento jurídico, tanto para la celebración del contrato como para toda configuración autónoma. Quien, por ejemplo, por estupidez o porque necesita urgentemente una cosa que no puede obtener de otra manera, acuerda con el vendedor un precio excesivo, queda obligado por ello, a condición, por otra parte, de que el contrato no contravenga las buenas costumbres, y en especial que no sea un negocio usurario (§ 138.II).

El contrato es «justo» porque se apoya en la recíproca autodeterminación de los contratantes, y en la medida en que lo hace. Sólo por razón del modo en que nace el contrato, concretamente porque la regulación contractual tiene lugar merced a la autodeterminación de los contratantes, se puede decir de ella que es «justa». Además, el juicio sobre lo «justo» o lo «injusto», como juicio jurídico sobre el contenido de la configuración autónomo-privada, sería una contradicción en sí mismo. Pues en la medida en que la autonomía privada es eficaz, no existe ninguna norma jurídica con la que pudiera medirse la configuración autónoma de las relaciones jurídicas. La configuración a partir de la autodeterminación en un ámbito que conforme al Ordenamiento jurídico ha sido confiado a la autodeterminación, no es accesible a un veredicto jurídico sobre si es «justa».

##### b) La configuración unilateral de relaciones jurídicas por la autonomía privada como excepción y el contrato en favor de tercero

El individuo únicamente puede configurar relaciones jurídicas unilateralmente por una actuación autónomo-privada, cuando se trata del ejercicio de un derecho o de una relación jurídica referida a su propio patrimonio (paradigmas: renuncia a la propiedad, § 959, y testamento), o cuando otros no son afectados en sus derechos por la configuración

<sup>6</sup> AcP, 147, 130 y ss.; FESTSCHR, Nipperdey (1955), pp. 1 y ss., en cuanto a lo citado, cfr. p. 6, n. 5.

jurídica (paradigma: ocupación de una cosa sin dueño -§ 958- cuando sobre ella otro no tenga un derecho de apropiación, por ejemplo, derecho de caza), o cuando para otro sólo surja una ventaja jurídica (paradigma: oferta de contrato, §§ 145 y ss.).

En principio, el individuo no puede, mediante una actuación autónomo-privada, constituir, modificar o extinguir una relación jurídica aunque sea en favor de otro. O el Ordenamiento jurídico exige desde el principio el asentimiento del otro, o el otro puede rechazar la relación jurídica favorable para él. Así el acreedor sólo puede perdonar la deuda al deudor con su consentimiento, concretamente por un contrato (§ 397), y la donación requiere la aceptación del donatario (§ 516 I). Quien ha sido instituido heredero por testamento, es ciertamente heredero *ipso iure* desde la muerte del causante. Puede, no obstante, repudiar la herencia, y entonces la delación se tiene por no producida (§ 1953). La oferta decae por sí misma si no es aceptada (§§ 146 y ss.)<sup>7</sup>.

Por medio del contrato, los contratantes en principio sólo pueden configurar relaciones jurídicas para sí mismos. En el Derecho de Obligaciones existen contratos en favor de tercero, pero no a cargo de terceros (§§ 328 y ss.), es decir, de otras personas distintas de las partes contratantes. Tampoco en los contratos en favor de tercero se puede imponer el derecho al tercero. Si lo rechaza, se considera que no lo ha adquirido (§ 333).

### c) Actuación para otro como actuación vinculada obligatoriamente

Nuestro Ordenamiento jurídico conoce la institución según la cual alguien puede configurar relaciones jurídicas para otro u otros (paradigma: la representación, §§ 164 y ss.). Esta actuación para otro en nuestro Ordenamiento jurídico nunca es ejercicio de la autonomía privada en el sentido de que el que actúa esté legitimado para obrar «autárquicamente» para el otro (en los casos de la representación: para el representado). La actuación para otro en la configuración de relaciones jurídicas siempre es actuación vinculada obligatoriamente. Es cierto que quien

<sup>7</sup> Una especialidad rige para la promesa pública de recompensa (§§ 657 y ss.). Es verdad que en virtud de la promesa pública de recompensa unilateral no surge todavía ninguna pretensión. Sin embargo, no es necesario que la acción para la cual se ha hecho la promesa de recompensa, se realice «en consideración a la promesa». La pretensión para exigir el cumplimiento de la promesa puede surgir por eso para cualquiera, incluso en contra de su voluntad.

tiene que actuar para otro (por ejemplo, los padres para su hijo menor, o el apoderado para el poderdante), a menudo tiene un cierto margen para la propia decisión. Los padres, por ejemplo, tienen que decidir cómo invertir el patrimonio de su hijo (a reserva de ciertas autorizaciones del Tribunal de tutelas). El margen para la propia decisión se llama discrecionalidad<sup>8</sup>. La discrecionalidad, en la configuración de relaciones jurídicas para otro, nunca es libre arbitrio, sino siempre arbitrio conforme a un deber, y se encuentra en oposición muy clara a la actuación en ejercicio de la autonomía privada como conducta «autárquica» con poder jurídico reconocido para configurar relaciones jurídicas del modo que se crea preferible. Sólo en interés de la seguridad del tráfico jurídico se considerará la actuación del representante, en cuanto se refiera a la configuración de relaciones jurídicas, como si el representado mismo hubiese actuado. Incluso cuando el representante actúe, vulnerando su deber, en perjuicio del representado, en principio su configuración jurídica es eficaz para el representado. Sobre esto se tratará más detenidamente en la representación.

### 7. Autodeterminación y poder de autodeterminación

Puesto que la autonomía privada sólo se justifica por el reconocimiento de la autodeterminación como valor, la autonomía privada como principio sólo puede realizarse si efectivamente existe el poder para la autodeterminación. En la medida en que en nuestro Ordenamiento jurídico se confía al individuo la regulación de las relaciones jurídicas en uso de autodeterminación bilateral, es decir mediante el contrato, en él subyace el presupuesto de que los individuos están frente a frente con poder de autodeterminación y no que, en vez de una autodeterminación bilateral, tenga lugar una reglamentación heterónoma unilateral. Coacción y autonomía privada son inconciliables. Pero el eterno dilema de la autonomía privada es que ésta siempre se vuelve a poner en entredicho por el desigual reparto del poder.

En los tipos contractuales en los que en general hay que contar con una situación de poder desigual, se sustrae su regulación a los contratantes y la relación jurídica se reglamenta en todo o en parte mediante normas imperativas (reglamentación del despido en Derecho laboral, o de la

<sup>8</sup> El concepto de «discrecionalidad» juega un papel importante sobre todo en el Derecho público en relación con la actuación para la utilidad pública, véanse las citas en H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, § 31.

duración en los arrendamientos). En el Derecho laboral el lugar de la decisión individual lo ocupa ampliamente la colectiva (convenio colectivo).

Cuando alguien tiene una situación de monopolio de hecho en el tráfico de bienes y servicios de primera necesidad, no hay margen para un contrato como acto de autodeterminación de ambos contratantes a causa de la posición de poder unilateral del monopolista. En la medida en que exista un deber de contratar, en realidad no se «contrata», sino que el contrato sólo es un medio técnico de cumplimiento de la Ley.

En el tráfico de bienes y servicios, en general se encuentran frente a frente contratantes de desigual poder económico. Pero sólo por eso no se vulnera el poder de autodeterminación, si gracias al orden económico, que descansa en la autonomía privada, el mercado neutraliza el poder económico del más fuerte. El vendedor y el comprador deben entonces, cualquiera que sea su poder económico, entrar en todo caso en competencia en el mercado, que es el resultado de multitud de decisiones de la autonomía privada, para conseguir convencer al otro de que celebre el contrato en el ejercicio de la autodeterminación. La peculiaridad de la ordenación jurídica de la autonomía privada consiste en que mediante cada negocio de tráfico autónomo privado esa ordenación de la autonomía privada se renueva integrándose cada vez con nuevos datos. Todo contrato sobre bienes y servicios sólo es posible como acuerdo de autodeterminación, si en general y en principio el tráfico de bienes y servicios tiene lugar en ejercicio de la autodeterminación, y por su parte contribuye a que otros puedan convenir el intercambio de bienes y servicios también en autodeterminación. Por eso mediante los monopolios y las restricciones a la competencia no sólo se suprime la autodeterminación para los negocios dominados por ellos, sino que también sufre el conjunto del Ordenamiento respecto al tráfico de bienes y servicios como ordenación fundada en la autonomía privada.

La ordenación de la autonomía privada se hace problemática cuando respecto de un bien de primera necesidad, por cualquier razón, se produce una extraordinaria escasez. Por la escasez surge una situación de poder unilateral de aquél que dispone del bien escaso. En tales situaciones siempre se ha intentado encontrar una solución «justa» mediante la supresión o restricción de la autonomía privada, y por medio de decisiones autoritarias para el reparto del bien escaso.

Lo cuestionable de la intromisión jurídica, en el caso de una situación de carencias con supresión del principio de la autonomía privada, se refiere sobre todo a la fijación de precios. Como punto de partida de la valoración jurídica de un precio, sin duda, sólo puede tomarse en

cuenta el valor del bien. Pero el valor de un bien no se puede determinar por puntos de vista jurídicos, porque el valor es un fenómeno económico que se refiere al conjunto de relaciones económicas. Solamente cuando conste el valor de un bien, puede el Ordenamiento jurídico rechazar como injusta la imposición de un precio que se desvíe de aquel valor, y que haya sido impuesto en virtud de una posición de poder unilateral, tal como sucede también en aplicación del § 138.

Por razón de la escasez de un bien puede ser importante o parecer necesario que, conforme a Derecho, no le esté permitido al poseedor del bien aprovechar la posición de poder derivada de la tenencia del mismo para elevar los precios respecto del *status quo* anterior a la escasez. Tanto más problemática es, sin embargo, la intromisión en la autonomía privada derivada de la fijación autoritaria de los precios, en la época posterior, cuando en el mercado basado en la autonomía privada cambien los precios, mientras que los precios fijados autoritariamente no se actualicen.

Los problemas jurídicos de la intromisión en la autonomía privada son diferentes a los relativos a la fijación de precios, cuando en caso de escasez de un bien, no está en primer plano la fijación del precio, sino su reparto. Cuando se trate de la escasez de un bien imprescindible para la vida y no haya disponibilidad del bien en medida suficiente para cubrir las necesidades vitales, no queda otra solución jurídica que suprimir la autonomía privada en cuanto al tráfico de ese bien y repartirlo autoritariamente a todo el que lo necesite. Al particular entonces sólo le queda la decisión autónoma de adquirir el bien que se reparte. La adquisición puede tener lugar perfectamente en la forma de un acto de autonomía privada (por ejemplo, de una compraventa). Entonces solamente es «autónomo-privada» la decisión del comprador de comprar. El vendedor por regla general está obligado a celebrar el contrato de compraventa, e incluso las condiciones del contrato de compraventa están fijadas por la Ley.

### 8. Autonomía privada y libertad contractual

a) La libertad contractual en el Derecho de Obligaciones como libertad de configuración del contenido<sup>9</sup>

Los términos «autonomía privada» y «libertad contractual» se utilizan a menudo como sinónimos. Esto se debe a que el contrato es la principal forma de configuración autónomo-privada. En sentido estricto se

<sup>9</sup> Cfr. H. SIBER, «Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit», *Jher. Jb.*, 71, 223 y ss.

habla de libertad contractual para referirse a la libertad contractual en el Derecho de Obligaciones, y con ello se quiere decir que, conforme al Derecho vigente, las partes de un contrato obligatorio pueden establecer libremente el contenido de las prestaciones a las que se obligan (libertad contractual = libertad de configuración del contenido en contraposición a la libertad de celebración, que se refiere al «si» y a la elección del objeto y que rige en general en el campo de la autonomía privada).

Es cierto que también respecto de los contratos obligatorios el tráfico jurídico se realiza habitualmente mediante los tipos contractuales regulados en particular por la Ley, como arrendamiento de cosas, de servicios, compraventa, etc. Pero los contratantes también pueden crear relaciones obligatorias estructuradas en su contenido de modo diferente a como lo están en la Ley. Pueden configurar de manera diferente a como lo hace la Ley, las relaciones obligatorias reguladas por ésta, en la medida en que no se trate de normas imperativas, y pueden establecer también relaciones obligatorias que se correspondan parcialmente con varios tipos de la regulación legal (el llamado *negotium mixtum*, paradigma: la donación onerosa, la «venta» por un «precio» sobre el que las partes están de acuerdo, pero que supone que la prestación del «vendedor» tenga lugar en parte gratuitamente).

Es habitual oponer el Derecho de Obligaciones, por una parte, a los Derechos de Cosas, de Familia y de Sucesiones por otra, y decir que en estos últimos rige un *numerus clausus* legal de relaciones jurídicas configurables por la autonomía privada, mientras que en el Derecho de Obligaciones rige la libertad contractual. Esto es exacto en la medida en que en el contrato obligatorio exista libertad para fijar el contenido de la prestación. Sin embargo, también en el Derecho de Obligaciones la configuración autónomo-privada está determinada por el Ordenamiento jurídico en cuanto a su forma y posible contenido. Mientras que el Derecho Romano —en todo caso en un primera época— sólo conocía tipos contractuales determinados y concretos, y no podían celebrarse con eficacia jurídica otros contratos que los reconocidos por el Ordenamiento jurídico, en cambio, nuestro Derecho de Obligaciones —en virtud de una evolución jurídica que comienza ya en el Derecho Romano clásico, pero que, en la historia jurídica europea, sólo concluye en la época del Derecho natural, en los siglos XVII y XVIII— conoce el tipo general del contrato obligatorio (§ 305), que está dirigido a la constitución de una obligación de realizar una prestación, esto es, un hacer o una omisión (§ 241)<sup>10</sup>. Los

<sup>10</sup> Cfr. sobre esto *infra* § 12, II, núm. 3.

contratos en particular, regulados en los §§ 433 y ss., de acuerdo con el propósito de la Ley solamente son manifestaciones del tipo contractual general, del «contrato obligatorio». A través de las disposiciones imperativas establecidas para los tipos particulares de contratos, en especial a través de las normas sobre la forma, sin embargo, se produce el resultado de que los tipos contractuales establecidos por la Ley y repletos de normas vinculantes, también en el Derecho de Obligaciones se anteponen al principio de la libertad contractual. En relación con esto, es importante ante todo que el acuerdo de obligarse a una atribución gratuita requiera la forma notarial o judicial exigida para la promesa de donación (§ 518).

En los contratos obligatorios, la prestación consiste en la mayoría de los casos en alterar la asignación jurídica de los bienes (el vendedor, por ejemplo, está obligado a proporcionar la propiedad de la cosa vendida al comprador). Por eso, el *numerus clausus* de las figuras jurídicas de asignación de bienes limita al mismo tiempo la libertad contractual. En efecto, sólo se puede acordar eficazmente la obligación de realizar una prestación, si la prestación es posible jurídicamente. Así por ejemplo, el acuerdo obligatorio por virtud del cual alguien se obliga a constituir en favor de la otra parte contratante un usufructo transmisible *mortis causa*, es ineficaz en la medida en que debe establecer la obligación de constituir un usufructo transmisible *mortis causa* (§ 1061). Sin duda, las partes pueden acordar que se deba constituir un usufructo tanto en favor de una de las partes como de su heredero. El pacto por el que se crea la obligación de constituir un usufructo en favor del heredero puede hacerse como contrato en favor de tercero.

La fundamental libertad de configuración del contenido es aplicable en el Derecho de Obligaciones solamente al acuerdo obligatorio mediante el cual se constituyen o modifican los derechos de crédito y las obligaciones. Para el tráfico jurídico de derechos de crédito u obligaciones constituidos por un contrato obligatorio, las posibilidades de configuración autónoma están también determinadas en cuanto a su contenido. La deuda puede ser transmitida mediante asunción de deuda (§§ 414 y ss.), y el crédito, por cesión (§§ 398 y ss.). Sobre un derecho de crédito se puede constituir un usufructo (§§ 1068 y 1074 y ss.) o un derecho de prenda (§§ 1273 y ss. y 1279 y ss.). La asignación jurídica de un derecho de crédito o de una deuda, sin embargo, sólo puede tener lugar de la manera que el Ordenamiento jurídico establece en cuanto a su contenido. Tampoco existen en el campo del Derecho de Obligaciones asignaciones jurídicas diferentes a las previstas por el Ordenamiento jurídico.

b) La determinación del contenido de las relaciones jurídicas por el Ordenamiento jurídico en los Derechos Reales, de Familia y de Sucesiones

En lo que se refiere a la asignación jurídica de bienes, la configuración autónoma está básicamente determinada en cuanto al contenido por el Ordenamiento jurídico. Conforme a las normas de los Derechos Reales, únicamente pueden constituirse la propiedad, los derechos en cosa ajena, como prenda, hipoteca, usufructo, etc., con el contenido con el que estos derechos han sido estructurados por el Ordenamiento jurídico. Un usufructo por ejemplo sólo puede constituirse de modo que se extinga con la muerte del usufructuario. En un caso concreto podría ser muy oportuno constituir un usufructo transmisible *mortis causa*. Pero esto es imposible, porque nuestro Ordenamiento jurídico sólo conoce la figura jurídica del usufructo intransmisible *mortis causa* (§ 1061).

En el Derecho de Familia, el *status* de las personas sólo puede configurarse por la autonomía privada tal como la Ley prevé. El matrimonio, por ejemplo, únicamente puede contraerse con los derechos y deberes establecidos legalmente. Los cónyuges tan sólo pueden configurar autónomamente el régimen económico (§§ 1408 y ss.).

Según los preceptos del Derecho de Sucesiones, se puede disponer del patrimonio para después de la muerte o por testamento o por contrato sucesorio. Pero exclusivamente son posibles las disposiciones tal como han sido tipificadas por la Ley. Así, la Ley sólo conoce la sucesión universal de los herederos, con la posibilidad de que el heredero sea gravado con legados y modos. Mediante su testamento, el causante no puede atribuir al beneficiario objetos determinados de su patrimonio de manera que éste adquiera el objeto directamente con la apertura de la sucesión. Antes bien, para la atribución de objetos singulares la Ley únicamente conoce el legado (§§ 1939 y 2147 y ss.), en cuya virtud el legatario sólo adquiere una pretensión contra el heredero para exigir el objeto legado (era diferente en el Derecho Romano: en el legado *per vindicationem* el legatario adquiría directamente la propiedad).

Si se contraponen, por una parte, el Derecho de Obligaciones y, por otra, los Derechos Reales, de Familia y de Sucesiones, diciendo que en el Derecho de Obligaciones rige la libertad contractual en el sentido de una libertad de configuración del contenido, mientras que en el Derecho de Cosas, de Familia y de Sucesiones el *numerus clausus* legal determina también el contenido de las posibles relaciones jurídicas, entonces

debe entenderse esta contraposición *cum grano salis*. También en los Derechos Reales, de Familia y de Sucesiones rige con alcance limitado la libertad de configuración del contenido respecto de los derechos y relaciones jurídicas reconocidos por el Ordenamiento jurídico. En las servidumbres, por ejemplo, existe libertad de configuración del contenido para fijar el tipo de utilización (§ 1018), en oposición al Derecho Romano, conforme al cual las servidumbres también estaban determinadas en su contenido por el Ordenamiento jurídico. La hipoteca y la prenda como derechos de garantía de créditos participan indirectamente de la libertad contractual de contenido que rige para los derechos de crédito. En especial, en los derechos reales creados en la reciente evolución jurídica, la Ley permite a la autonomía privada, en medida limitada, una configuración del contenido de los derechos (paradigmas: § 2 ErbbauVO, y § 15 Wohnungseigentums-Gesetz). Respecto del Derecho de Familia ya se ha hecho referencia al régimen económico convencional. En el Derecho de Sucesiones, el legado y el modo pueden ser configurados con los más diversos contenidos.

La diferencia fundamental entre el Derecho de Obligaciones, por una parte, y los Derechos Reales, de Familia y de Sucesiones, por otra, descansa sobre todo en que, en la medida en que se trata de relaciones personales o de la asignación jurídica de bienes, el tráfico jurídico necesita uniformidad tanto del *status* de la asignación como de las relaciones personales. Por eso, también en el Derecho de Obligaciones el principio de la libertad contractual en el sentido de una libertad de configuración del contenido, como antes se ha expuesto, no rige en cuanto se trate de la asignación jurídica de derechos de crédito y de deudas ya existentes. En las relaciones jurídicas personales se añade además como especialidad que la configuración de contenido regulada por la Ley conforme a la convicción jurídica vigente, las más de las veces, se considera la única posible o en todo caso la más «correcta» (paradigma: el matrimonio).

### 9. El ámbito de la autonomía privada en el Ordenamiento jurídico actual

El principio de la autonomía privada y de la libertad contractual en contra de interpretaciones<sup>11</sup> frecuentes no tiene nada que ver con el individualismo o el liberalismo del siglo XVIII o del siglo XIX. Lo que suce-

<sup>11</sup> Así en general en la doctrina moderna en parte por influjo de Duguit. Cfr. MEIER-HAYOZ, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss*, 1948; RAISER, *JZ*, 1958, 1 y ss.

de es que desde el siglo XVII cada vez se fue más consciente del principio de la autonomía privada como valor<sup>12</sup>, y sobre todo el siglo XIX se esforzó por extender el ámbito de la autonomía privada. En la actualidad, del principio de la autonomía privada puede decirse que es, como siempre lo ha sido, un principio individualista, que significa el reconocimiento de la autodeterminación del individuo en la configuración de sus relaciones jurídicas.

Se puede reseñar un movimiento de retroceso en el siglo XX únicamente en lo que se refiere al ámbito en el que se reconoce por el Derecho la autodeterminación. Ahora bien, por más que el campo de la autonomía privada haya sido limitado mucho y de múltiples maneras en la reciente evolución jurídica, a pesar de todo, sigue siempre siendo el elemento estructural más importante de nuestro Ordenamiento jurídico. Es cierto que campos enteros como el Derecho del Trabajo o de los arrendamientos, han sido sustraídos en parte considerable a la autonomía privada, y que en el ámbito cada vez más extenso de los servicios públicos, la decisión del individuo se limita a «si» los utiliza, e incluso respecto de esta decisión muchas veces el individuo ya no es «libre». Totalmente decisivas son las condiciones generales para las relaciones jurídicas constituidas negocialmente, cuyo contenido por regla general no ha sido acordado.

Sin embargo, la restricción del ámbito de actuación de la autonomía privada no debe ser exagerada. Incluso en el mismo Derecho del Trabajo la autonomía privada es decisiva para la celebración del contrato y —aunque en escasa medida— para su terminación. A pesar de la vigencia de salarios de convenio, la negociación individual del salario juega un importante papel en la práctica. Las condiciones generales de los contratos se limitan por regla general a puntos secundarios, sobre los que no se habría acordado nada sin las condiciones generales. En todos los asuntos importantes de los particulares —con excepción de los asuntos del Derecho del Trabajo y de los arrendamientos— como en especial en todos los negocios del tráfico económico, el principio de la autonomía privada también rige hoy de manera semejante al siglo XIX en lo que se refiere a los aspectos decisivos de la misma, esto es, en cuanto a «si» se realiza el negocio y en lo relativo a la fijación del precio.

Sin duda, se ha producido un cambio significativo respecto del siglo XIX, en la medida en que la autonomía privada está más amenazada,

<sup>12</sup> Cfr. OFTINGER, *Vertragsfreiheit, Die Freiheit des Bürgers im Schweizer Recht*, 1948,

o al menos lo está más visiblemente por situaciones de poder unilaterales, y se ha agudizado la conciencia de que no es posible hablar de una configuración de relaciones jurídicas con autodeterminación si existe una situación de poder unilateral. Numerosas limitaciones del campo de vigencia de la autonomía privada en la moderna evolución jurídica encuentran su explicación en ello. No se debería hablar de una «crisis» del reconocimiento del principio de autonomía privada, como se hace muchas veces en la doctrina moderna<sup>13</sup>. El sentimiento de crisis en la moderna doctrina, se basa en la crítica de la doctrina del siglo XIX, que, sin embargo, resulta mal conocida en su contenido fundamental. Se sostiene que el principio de la autonomía privada, según la doctrina del siglo XIX, se basa en la aceptación de «una previa autarquía del individuo, que no tendría que ceder a limitaciones derivadas del principio de justicia social»<sup>14</sup>, y se entiende que no es posible compartir esa premisa. Frente a ello hay que decir que la ciencia jurídica del siglo XIX sabía que el reconocimiento del principio de la autonomía privada significaba el reconocimiento de la «autarquía» del individuo. Pero para ella era igualmente evidente que esa autarquía no podía ejercerse sin límites, sino solamente dentro de la delimitación efectuada por el Ordenamiento jurídico. Si se entiende el principio de la autonomía privada de esta manera, esto es, como reconocimiento de la configuración de relaciones jurídicas por el individuo «autárquicamente», de modo que esa autarquía únicamente pueda desenvolverse con sujeción al Ordenamiento jurídico, entonces no existe ningún motivo para desconcertarse por la autonomía privada como valor. El principio de autonomía privada se sustenta en una combinación de libertad y vinculación.

### 10. El principio de autonomía privada y la Constitución

#### a) La garantía del principio de autonomía privada por la Ley fundamental<sup>15</sup>

La autodeterminación del individuo según la Constitución es un principio del Ordenamiento de la comunidad. Los derechos fundamen-

<sup>13</sup> Cfr. REINHARDT, *Festschr. Schmidt-Rimpler* (1957), p. 115, con amplia bibliografía; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, p. 8. FROTZ, *Verkehrsschutz im Vertragsrecht*, 1972, p. 17, n. 52, 53, cit.

<sup>14</sup> Así, REINHARDT, *op. cit.*, p. 116.

<sup>15</sup> Véase H. HUBER, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit*, 1966; M. WOLF, *Rechtsgeschäftl. Entscheidungsfreiheit*, 1970, p. 19 y ss., cit.

tales que garantizan la autodeterminación no se refieren al individuo solamente en cuanto tal individuo, sino al mismo tiempo como miembro de la comunidad estatal. El Estado, de acuerdo con el espíritu de la Ley fundamental, es una comunidad de personas, cuya esencia como personas, esto es, la autodeterminación, forma parte también del contenido esencial de la comunidad. La autodeterminación del individuo, según la Constitución, es inderogable incluso por la comunidad, porque sin autodeterminación del individuo no existiría una comunidad como la que quiere la Ley fundamental.

El problema de la autonomía privada y, en particular, el de la libertad contractual se plantea incorrectamente si se colocan en el mismo plano, en lo referente a la relación con el Ordenamiento jurídico, el derecho a la autoconfiguración de las relaciones jurídicas y los restantes derechos relativos a la libertad personal enumerados en el catálogo de derechos fundamentales. Así, la libertad contractual es considerada hipostáticamente por muchos como un derecho de la libertad apriorístico, frente al que las regulaciones legales necesitan una especial justificación. Se sostiene que la garantía de la libertad contractual no está bajo la general reserva de Ley<sup>15</sup>. Las restricciones a la libertad contractual sólo son admisibles «en la medida en que prioritarias exigencias del bien común requieran imperativamente tal limitación»<sup>16</sup>. Otros<sup>17</sup> colocan la libertad contractual bajo la reserva del «Ordenamiento constitucional» y resuelven el problema de la libertad contractual elevando el Ordenamiento civil al rango del Ordenamiento constitucional<sup>18</sup>. Frente a ello hay que decir:

Como la libertad contractual —que hay que entender como *pars pro toto* de la autonomía privada— solamente puede existir conforme al Ordenamiento jurídico<sup>19</sup>, de la garantía constitucional de la libertad contractual no se derivan ningunas consecuencias concretas para el conteni-

<sup>15</sup> ENN-NIPPERDEY, § 15 II 4 (pp. 100 y ss.), se opone a la opinión contraria del *BVerwG* (1, 321 y ss., 2, 214 y ss.), que a su juicio contiene una «fundamentación insostenible».

<sup>16</sup> Así, ENN-NIPPERDEY, *ibidem*; cfr. también NIPPERDEY, *Die Grundrechte*, IV, 2, p. 801.

<sup>17</sup> Cfr. LAUFKE, *Festschr. H. Lehmann* (1956), I, pp. 145 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. sobre esto *BVerfGE*, 6, 32 y ss., cuya conclusión principal es: «Ordenamiento constitucional en el sentido del art. 2, p. 1, GG es el Ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, es decir, el conjunto de normas que formal y materialmente son conformes a la Constitución».

<sup>19</sup> Así correctamente MAUNZ-DÜRIG, artículo 2, p. 1, n. 59, aun cuando lo formulen equívocamente, como si las normas del Derecho Privado solamente determinasen «el funcionamiento técnico del uso recíproco de la libertad de los sujetos de Derecho Privado entre sí».

do del Ordenamiento jurídico privado, aparte de la decisión fundamental de nuestra Constitución en favor de un Ordenamiento jurídico privado<sup>20</sup>. Tampoco se puede decir que al estar garantizada la libertad contractual en el Ordenamiento tradicional del Derecho Privado éste haya sido elevado al rango constitucional. Antes bien, al legislador le está permitido modificar o suprimir las figuras jurídicas existentes de manera que el ámbito de la autonomía privada se reduzca. Por tanto, constitucionalmente no existe ninguna objeción, por ejemplo, para establecer un régimen económico matrimonial exclusivamente legal, por tanto para sustraer totalmente del campo de la autonomía privada el régimen económico matrimonial; para, en el Derecho de Sucesiones, limitar las disposiciones tal como ya ha ocurrido en la sucesión del patrimonio familiar; para, por ejemplo, en el Derecho de Sucesiones, conforme a la máxima *semel heres, semper heres*, excluir la sustitución fideicomisaria como posible disposición testamentaria, o no admitir los contratos sucesorios; reducir las figuras jurídicas de los Derechos Reales; completar el Derecho de Obligaciones con muchas más disposiciones de Derecho imperativo de las que hoy están vigentes sustituyendo a las de Derecho dispositivo, etc. Sólo habría que exigir a todas estas normas que tuvieran la

<sup>20</sup> LAUFKE (*op. cit.*, pp. 145 y ss., 169 y ss.) ha extraído tales consecuencias. Así, según LAUFKE, los contratos a cargo de tercero sin autorización del tercero son inadmisibles constitucionalmente en virtud del artículo 2, p. 1, GG (igualmente, siguiendo a LAUFKE, MAUNZ-DÜRIG, *Komm. Grundges.*, art. 2, p. 1, n. 55). Ciertamente, según el Derecho vigente, no se admiten tales contratos. Es también obvio, y para ello no es preciso apelar al artículo 2 GG, que una Ley no puede establecer en general la validez de contratos obligatorios a cargo de tercero. Pero sería perfectamente concebible que, por ejemplo, el *negotiorum* gestor pudiera celebrar contratos obligatorios que también tuvieran eficacia para el *dominus* del negocio. Es verdad que tal regulación no es deseable. Mas no se puede admitir que le estuviera vedada al legislador por el artículo 2 GG. Por otra parte, no es ninguna violación de la libertad contractual que el Derecho vigente no reconozca contratos a cargo de tercero incluso con autorización de éste.

Es además incorrecta la opinión de LAUFKE cuando entiende (*op. cit.*, p. 171), que no se debería establecer por la Ley la nulidad de los negocios de disposición por virtud de los que se frustran pretensiones obligacionales. Para el problema de la eficacia frente a tercero de las pretensiones obligacionales son posibles indudablemente otras soluciones distintas a las del Derecho vigente en el sentido de una atribución de eficacia real a los derechos de crédito («*Verdinglichung*») y que han sido observadas en la historia del Derecho, y no se ve por qué le debieran estar vedadas al legislador por la Constitución. En contra de la opinión de LAUFKE (*op. cit.*, p. 172), tampoco es dudoso que normas como el § 248 I BGB pueden ser mantenidas. Finalmente, no nos parece razonable fundar en el artículo 2 GG la nulidad conforme al § 134 o al § 138 BGB y apoyar en ello consideraciones sobre si un reconocimiento de contratos que están dirigidos a la lesión de derechos ajenos está excluido por el artículo 2 GG (así, LAUFKE, *op. cit.*, p. 172).

finalidad de hacer realidad la idea del Derecho, y responde a esta intención, según las concepciones jurídicas vigentes, y por cierto no sólo en virtud del artículo 2 GG, la consideración del individuo como persona y con ello el respeto fundamental de la autodeterminación del individuo en la vida jurídica.

La Ley fundamental, en oposición a la Constitución de Weimar (art. 152)<sup>21</sup>, con razón no incluyó especialmente a la libertad contractual en el catálogo de los derechos fundamentales. En esto no hay que ver ni una reducción de la garantía constitucional de la libertad de contratación —respecto de la Constitución de Weimar—<sup>22</sup>, ni que con la garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad se garantice más intensamente la libertad contractual en la Ley Fundamental que en la Constitución de Weimar, porque la garantía no esté situada bajo la simple reserva de Ley<sup>23</sup>. La reserva de Ley es obvia para la libertad contractual en cuanto que ésta solamente se puede ejercer conforme a Derecho. Una especial reglamentación de la libertad contractual, y su confrontación en el Ordenamiento jurídico, en el sentido de que contenido y limitaciones de la libertad contractual se determinen por la Ley, en realidad no expresaría nada<sup>24</sup> y solamente podría conducir a que quedara oculto el verdadero ensamblaje de la libertad contractual con el Ordenamiento jurídico.

Como limitación a la Ley respecto de la libertad contractual, no se puede extraer del artículo 2.IGG más que, conforme a la Constitución, la máxima de toda legislación, el *ius suum cuique tribuere*, incluye en la configuración autorresponsable de relaciones jurídicas el respeto del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La libertad contractual no está preordenada con independencia de la máxima del *ius suum cuique tribuere*. Pero es que incluso la libertad contractual sólo debe ser reconocida por la Ley en cuanto la máxima del *ius suum cuique tribuere* institucionalmente no sea lesionada o puesta en peligro<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. sobre esto STOLL, *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung* (1930), III, pp. 175 y ss.

<sup>22</sup> Así, con razón, HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, I (2. Aufl.), p. 661.

<sup>23</sup> Así, incorrectamente, HAMANN, *Deutsche Wirtschaftsverfassungsrecht*, pp. 83 y s.; cfr. también NIPPERDEY, *Grundrechte* IV, 2, p. 888.

<sup>24</sup> Respecto de la propiedad (art. 14 GG) esto es distinto. La asignación de los bienes en el extenso sentido del concepto de la propiedad del artículo 14 GG es una concreta institución de nuestro Ordenamiento jurídico. Esta concreta institución y con ello las asignaciones correspondientes a ella están garantizados por el artículo 14 GG.

<sup>25</sup> Respecto a la limitación de la libertad contractual por medio de la fijación de los precios, cfr. *BVerfG*, 8, 274 y ss., 328 y ss.

b) El problema de la aplicación de las normas constitucionales a la configuración autónomo-privada de relaciones jurídicas

Las normas constitucionales determinan la situación del individuo en el Estado. En el artículo 1 GG se proclama la intangibilidad de la dignidad de la persona con esta consecuencia: «Respetarla y protegerla es deber de todos los poderes públicos». En el artículo 1.III, se dice: «Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial».

Las normas sobre derechos fundamentales se refieren al ejercicio del poder estatal. Su significado consiste preferentemente en que el individuo no se vea lesionado en sus derechos fundamentales por el ejercicio del poder estatal. Pero el Estado también tiene que proteger al individuo frente a otros en su *status*, fijado por los derechos fundamentales, tal como se dice en el artículo 1.IGG, al afirmar que es deber de todo poder estatal proteger la dignidad de la persona.

En el campo de la autonomía privada, como se ha expuesto, el individuo sólo puede adoptar en principio regulaciones jurídico negociales exclusivamente para sí y para su patrimonio. En principio, una persona sólo puede resultar afectada por una reglamentación jurídico negocial, cuando ella misma, como partícipe en el negocio jurídico, lo haya puesto en vigor. Según esto, por principio no pueden presentarse en absoluto, en el ámbito del negocio jurídico, los problemas de los que se trata acerca de los derechos fundamentales cuando el individuo ha de ser protegido para no resultar lesionado en sus derechos fundamentales por el uso del poder o contra el poder. Sin duda puede suceder que el individuo no celebre el negocio jurídico en uso de su autodeterminación, sino que en su actuación jurídico negocial se doblegue al poder de otro. Entonces se trata, sin embargo, del problema de los defectos del negocio jurídico por falta de autodeterminación y este problema se ha de resolver con las normas dispuestas para ello por el Derecho Privado (cfr. especialmente §§ 123 y 138), sin que sea necesario invocar las normas sobre los derechos fundamentales<sup>26</sup>.

En la relación del individuo con el Estado las normas sobre los derechos fundamentales cumplen su función por el hecho de que la Ley o el acto estatal singular que lesionan normas sobre los derechos fundamentales, sean nulos o sean eliminados por decisión judicial. Lo que proce-

<sup>26</sup> Si se limita, como recientemente hace NIPPERDEY (*Die Grundrechte*, IV, 2, pp. 754 y ss.), la aplicación de las normas de las libertades fundamentales al caso de explotación de una posición de poder, entonces no existe una diferencia esencial con la opinión sostenida en el texto.

de en estos supuestos se cumple si se impide el ejercicio del poder estatal contrario a los derechos fundamentales. Además, en cumplimiento del principio de igualdad (art. 3), se añade que al que ha sido tratado inadmisiblemente de modo desigual, se le debe conceder el tratamiento igualitario. En la relación del individuo con el Estado las normas sobre derechos fundamentales pueden cumplirse efectivamente. Las cosas son completamente distintas en el ámbito de la autonomía privada. Consecuencia jurídica de la aplicación de las normas sobre derechos fundamentales a los negocios jurídicos privados solamente puede ser que el negocio jurídico sea nulo por contravenir una norma de ese tipo. Por el contrario, la reglamentación autónomo-privada no puede ser corregida en el sentido de las normas sobre derechos fundamentales. Quien, por ejemplo, fuera tratado desigualmente en un contrato o en un testamento solamente podría, si el artículo 3 GG también fuera aplicable al negocio jurídico, invocar la nulidad del contrato o del testamento, pero no obtener una regulación jurídico negocial que respetara el principio de igualdad. El afectado a menudo no conseguiría nada con la nulidad.

Algunos enseñan que las normas sobre derechos fundamentales también son aplicables en las relaciones jurídicas de Derecho Privado entre los particulares y con ello especialmente en el negocio jurídico. Se habla con un término poco afortunado de la «Drittwirkung»\* de los derechos fundamentales<sup>26</sup>, en cuanto los derechos fundamentales no sólo son eficaces en la relación entre el individuo y el Estado, sino también entre los particulares. Igualmente desafortunada es la formulación de que los derechos fundamentales tienen una «eficacia absoluta». La teoría de la «Drittwirkung» o la de la «eficacia absoluta» de los derechos fundamentales no captan bien los problemas de los derechos fundamentales ni la esencia de la autonomía privada.

La incorrección de la teoría de la «Drittwirkung» de los derechos fundamentales, tal como se defiende generalmente, se hace patente en

\* N. del t. No se traduce «Drittwirkung» por ser expresión utilizada en alemán entre nosotros. Se refiere, como es sabido, a la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

<sup>26</sup> Cfr. sobre esto ante todo DÜRIG, *Festschr. Nawiasky* (1956), pp. 157 y ss. y cit.; MAUNZ-DÜRIG, *Komm. Grundges.* Artículo 1, n. 127 y ss.; *Enn.-Nipperdey*, § 15 II 4 y cit. *Grundrechte und Privatrecht* (1961), *Die Grundrechte*, IV, 2, pp. 741 y ss. y cit.; HANS HUBER, *Z.f. Schweiz. Recht*, 1955, 173 y ss.; BALLERSTEDT, *Die Grundrechte*, III, 1, pp. 54 y ss., p. 58 ss.; WALTER REIMERS, *Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht* (1959); W. GEIGER, *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung* (1960); W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht* (1960); cfr. sobre esto la crítica sustancialmente clara y acertada de BYDLINSKI, *Oesterr. Z.f. Öff. Recht*, XII (1963), 423 y ss.

especial en relación al principio de igualdad del artículo 3<sup>er</sup>. Si se quisiera hacer efectivo el principio de igualdad en el negocio jurídico privado, entonces o se reduciría claramente al absurdo la teoría de la «Drittwirkung» o se negaría el principio de la autonomía privada.

Es verdad que las valoraciones de la Constitución también rigen en el Derecho Privado. Con razón dice el Bundesverfassungsgericht: «El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el Derecho Privado mediante los preceptos que directamente gobiernan este ámbito jurídico»<sup>28</sup>. Es obvio que es nulo un negocio jurídico que desprecie el principio del respeto a la dignidad de la persona, lesione las libertades religiosa o de conciencia, o niegue los demás valores que reconocen las normas sobre derechos fundamentales. Mas para eso no es necesaria la teoría de la «Drittwirkung» de los derechos fundamentales. Pues eso era ya obvio desde siempre. En el tratamiento del actual § 138 la comisión del Reichstag<sup>29</sup> opinó: «un contrato, por medio del cual se limite la libertad de asociación, de conciencia, el ejercicio o no ejercicio del derecho de voto, contraviene sin duda las buenas costumbres».

En cuanto los valores que importan a las normas sobre los derechos fundamentales son relevantes para el ámbito del Derecho Privado, no deben su vigencia a un descubrimiento de la Constitución, ni necesitan una confirmación por parte de la Constitución para regir en el ámbito de la autonomía privada, sino que lo han hecho desde siempre. Su vigencia es, empero, de otro tipo a la que tienen en la relación del individuo con el Estado. Puesto que por medio de la reglamentación jurídico negocial, sólo se vincula aquel que en uso de su autodeterminación instaura dicha reglamentación, pueden establecerse también por negocio jurídico vínculos en medida limitada respecto de los valores a cuya realización sirven las normas sobre derechos fundamentales, que el poder estatal, a causa de dichas normas, no podría imponer al individuo.

El concepto de buenas costumbres proporciona el criterio conforme al que se decide si a un negocio jurídico debe negársele validez jurídica a causa del desprecio de los valores reconocidos por las normas sobre derechos fundamentales. Si una regulación jurídico negocial contraviene las

<sup>28</sup> Acertado, en contra de LEISNER, cfr. BYDLINSKI, *op. cit.*, pp. 448 y ss.; véase también FLUME, *op. cit.*, p. 140; la respuesta de NIPPERDEY (*Die Grundrechte*, IV, 2, p. 775, n. 55) a las observaciones de FLUME no convence.

<sup>29</sup> *BVerfG*, 7, 198 y ss., 205. Sobre el «significado de los principios constitucionales para el desarrollo judicial del Derecho», cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, pp. 69 y ss.

<sup>30</sup> MUGDAN, I, 969.

buenas costumbres por su desprecio de los valores contenidos en los derechos fundamentales, el negocio es nulo en virtud del § 138<sup>º</sup>. Más allá de esto no hay lugar a la aplicación directa de las normas sobre derechos fundamentales en el ámbito de la doctrina del negocio jurídico.