

Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro

Por MANUEL AMOROS GUARDIOLA
Catedrático de Derecho civil

1. El reciente fallecimiento de don Federico de Castro nos ha dejado a sus discípulos privados de su compañía irremplazable. Los que durante muchos años hemos disfrutado de su magisterio insuperable, de su amistad generosa y de su presencia cercana y ejemplar, encontramos ahora en nuestra vida un vacío imposible de llenar. Para muchos de nosotros don Federico fue un ejemplo de laboriosidad y rectitud, de la investigación jurídica rigurosa, de la obra bien hecha; pero al mismo tiempo, al lado de su rigor crítico y de su independencia de criterio, fue modelo de generosidad en el juicio personal sobre los demás, de apertura al diálogo, de atención a todos. Dotado de extraordinarias cualidades intelectuales y humanas, supo depurarlas y hacer fructífera su vida con el esfuerzo permanente y la entrega ilimitada al cumplimiento de sus deberes. Para los que estuvimos cerca de él, su biografía fue siempre un estímulo y un modelo; dio ejemplo, con el testimonio de su vida, de lo que es estar al servicio de los valores superiores. Por todo ello, y por la innegable y ejemplar influencia que ha tenido en algunos de nosotros, su recuerdo permanecerá imborrable.

Muy poco tiempo antes de morir, el último estudio que publicó en este ANUARIO DE DERECHO CIVIL lleva por título «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad» (1). Se trata de un espléndido y magistral trabajo, lo que revela la permanencia de sus envidiables dotes intelectuales hasta el final, en que aborda desde distintas perspectivas el esencial principio de la autonomía de la voluntad, su naturaleza, sus desviaciones, sus limitaciones propias, el concepto de orden público como límite y sus repercusiones sobre las prácticas restrictivas de la competencia y la protección jurídica de los consumidores. No deja de ser sintomático que en su último trabajo volviera a refe-

(1) ADC, 1982, XXXV-IV, págs. 987-1085.

rirse a las limitaciones de la autonomía y a la naturaleza de este principio jurídico. De esta manera reiteraba su atención sobre un tema esencial de nuestro Derecho privado y del cual ya se había ocupado en repetidas ocasiones anteriores.

El problema de la autonomía privada y el descubrimiento de sus límites había sido ya apuntado en su trabajo sobre «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta» (2), y abordado después monográficamente en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo el título «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes» (3). También el tema de la autonomía privada en general había sido objeto de estudio en el capítulo I de su importante libro sobre el negocio jurídico (4). Igualmente tiene conexión con estos problemas, desde la perspectiva de la cláusula compromisaria de arbitraje y sus efectos, el enjundioso trabajo sobre «El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria» (5).

Con distintos enfoques y a través del examen de diferentes figuras y realidades contractuales, se descubre a través de todos estos estudios una permanente línea de preocupación intelectual que se proyecta sobre el juego de la autonomía privada y la necesidad de sus limitaciones intrínsecas. Reiteración que pone de manifiesto la fina sensibilidad jurídica del profesor De Castro, su atención a las conexiones entre los problemas prácticos más relevantes y los grandes temas de la dogmática jurídica. En este sentido, quizá pueda resultar útil recordar aquí el pensamiento de De Castro sobre la autonomía privada y sus limitaciones, siguiendo para ello resumidamente las ideas expuestas en todos esos estudios. Para información y recuerdo de los lectores y como homenaje a su autor, que las desarrolló con tanto rigor y perfección. Tal es el propósito de estas páginas.

2. Al estudiar el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta de objetos muebles corporales (6), el profesor De Castro examinaba los problemas planteados por dicho Proyecto de Ley en relación con el tema de la autonomía de la voluntad. Señalaba entonces las diferentes tendencias de los interesados en el tráfico mobiliario. Los exportadores de las grandes potencias industriales deseaban la autonomía ilimitada, para conseguir la primacía de los usos comerciales y de las cláusulas generales sobre la ley. Mientras que los exportadores e importadores de países económicamente dé-

(2) ADC, 1958, XI-IV, págs. 1003-1040.

(3) Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1961. Publicado también en ADC, 1961, XIV-II, págs. 295-341, y en Cuadernos Civitas, Madrid, 1975. Las referencias que aquí se hagan a este trabajo lo serán al texto editado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

(4) El Negocio Jurídico, Tratado práctico y crítico de Derecho Civil, Tomo X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, págs. 11 a 18.

(5) ADC, 1979, XXXII-IV, págs. 619-725.

(6) Ver trabajo citado en nota (2).

biles, y los particulares que compran o venden en el extranjero, preferían la primacía de las normas imperativas que les amparen frente a las imposiciones abusivas e injustas (7). Diversidad de intereses concurrentes que justifican las dos posturas doctrinales, tantas veces apuntadas, sobre la posible limitación o ilimitación de la autonomía y el control de los pactos establecidos al amparo de la libertad contractual.

Frente a la afirmación de que el dogma de la autonomía de la voluntad nace con las tesis de Grocio, se divulga por Rousseau y Kant y triunfa con la Revolución Francesa y el Código de Napoleón, señalaba De Castro que el origen de este dogma está en los tratadistas de teología moral y en los canonistas (*pacta sunt servanda*). El régimen feudal nace en forma paccionada y el principio fundamental en alguno de los derechos feudales era el de la superioridad de los pactos sobre las leyes. Ha sido en el Derecho moderno donde se ha abierto paso la idea de la necesaria limitación de la autonomía de la voluntad, de manera que las reglas legales no pueden ser derogadas por la voluntad de los contratantes. La libertad real de los económicamente débiles —se decía en aquel trabajo, anticipando un criterio que habrá de ser objeto de nuevos desarrollos en sucesivos estudios— exige que no se conceda eficacia jurídica a los contratos cuya aceptación se les imponga abusando de su debilidad económica (8).

En todo caso, el dogma de la autonomía va unido íntimamente a la libertad de la persona, es una manifestación necesaria del respeto que le es debido y constituye el centro mismo del Derecho privado. Aunque resulte peligroso para la misma libertad la defensa de la autonomía en forma absoluta e ilimitada (9).

Tan acertadas opiniones vienen a centrar adecuadamente el magno problema de la autonomía de la voluntad y a precisar el origen histórico de su desarrollo. Ideas estas que, aunque expuestas incidentalmente al examinar aquel Proyecto de Ley, sirven como punto de partida para el estudio de estas cuestiones.

3. La figura de las condiciones generales de los contratos fue objeto de un importante estudio publicado en 1961 como discurso académico. En él señalaba De Castro su indudable importancia y su continua aparición en la práctica industrial y bancaria española. Virtualidad práctica que va unida al planteamiento de importantes problemas dogmáticos, los cuales afectan —según sus palabras— «a la entraña misma del Derecho privado». En efecto, enseguida veremos cómo se enlaza el tema de las condiciones generales y su eficacia con el más general del significado de la autonomía privada y sus necesarias limitaciones.

De las diferentes cuestiones técnicas planteadas en relación con esta figura, dos son a juicio de De Castro las más importantes:

(7) Loc. cit., pág. 1004.

(8) Loc. cit., págs. 1010-1042.

(9) *Ibíd.*, págs. 1010-1011.

si tienen el valor de fuente del Derecho y si llegan a tener eficacia contractual suficiente como para imponer a una de las partes la exoneración de responsabilidad legal que recae sobre la otra.

a) Fácilmente se comprende, para quien conozca la tesis de Federico De Castro sobre las fuentes del Derecho, que las condiciones generales de la contratación no pueden tener el valor de fuente del Derecho objetivo. Entendidas dichas condiciones generales como los conjuntos de reglas que un particular ha establecido para fijar el contenido de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar (10), no es aceptable afirmar que exista un «Derecho autónomo de la Economía» fuera del Estado que las convierta en Derecho objetivo. Las condiciones generales carecen de los caracteres internos y externos de la norma de Derecho objetivo. No existe una autonomía originaria ni conquistada en favor de los empresarios. El Estado de Derecho, en sus reglas constitucionales o fundamentales, es incompatible con la atribución a los empresarios de un privilegiado poder normativo (11).

Tampoco puede considerarse a las condiciones generales como usos mercantiles. El fenómeno de la transformación de la cláusula contractual en norma contractual, el salto de lo convencional a lo normativo, no parece históricamente cierto. A juicio del nuevo académico, la codificación, que pone término a los fueros especiales, acaba con la autonomía corporativa de los comerciantes. En la actualidad no hay razón para entender que los usos hayan salido de la situación secundaria en la que les colocaron los Códigos mercantiles. Solamente se permite acudir a los usos del comercio en defecto del Derecho codificado. No cabe hablar de usos normativos en cuanto se opongan a su nacimiento unos preceptos legales ya existentes. Los usos no pueden desplazar las normas dispositivas mercantiles (12).

b) La segunda cuestión alude al valor de las condiciones ge-

(10) Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, pág. 11.

(11) Loc. cit., págs. 15-18.

(12) Págs. 20-27.

DE CASTRO ha mantenido una sugestiva y brillante teoría acerca de la preferencia del Derecho común sobre los usos mercantiles en la regulación de los contratos mercantiles. No resisto la tentación de transcribir aquí sus palabras en relación con un problema tan importante en la práctica contractual: «El art. 2 del Código de comercio relega las reglas del Derecho común al último puesto de la jerarquía normativa. Mas ello no significa que también ocurra lo mismo respecto a los contratos mercantiles y que los usos normativos se apliquen aquí también con preferencia a las normas civiles. El mismo artículo 2.º advierte que hay que atender en primer lugar a las reglas que el Código de comercio haya establecido respecto de cada materia o institución. Hay que acudir, por tanto, a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio. Allí se dice que los contratos mercantiles se regirán, en lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común (art. 50). Remisión a este Derecho, hoy referible al Código civil, que coloca a los usos en general (sin limitación local) después de la ley, en el puesto de fuente sub-

nerales como contenido del contrato del que forman parte. Se recuerda que, ya desde hace mucho tiempo, la doctrina había advertido la anomalía de los contratos de adhesión. Pues bien, la moderna y progresiva extensión de las condiciones generales ha venido a subrayar la importancia de este problema. Los autores destacan que esta figura actúa como instrumento de opresión y es causa de desigualdad jurídica para los contratantes. La reacción contra ellas se ha generalizado y parece irresistible (13).

A juicio de De Castro, nuestro Derecho contiene medios adecuados para obligar al contratante que no cumple, aunque se ampare en la forma de una cláusula de exoneración. ¿Cuáles son esos medios útiles para impugnar las cláusulas contenidas en las condiciones generales? En primer lugar, la posible falta de consentimiento contractual. En cuanto que el contratante que ha de aceptar necesariamente la imposición de esas cláusulas por vía de adhesión, no consiente su contenido e incluso no llega a conocerlas suficientemente por su falta de claridad.

En segundo término se afirma que la libertad, que está en la base de la autonomía contractual, tampoco existe aquí. El comprador acepta las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por una situación de monopolio de hecho o de derecho.

En tercer lugar, pueden servir para impugnar las condiciones generales las normas sobre interpretación de los contratos, que impiden la interpretación de las cláusulas oscuras en sentido favorable a los que han causado la oscuridad. Aunque limitado en su ámbito (sólo se refiere a las cláusulas oscuras), la aplicación del artículo 1.288 ha servido a la jurisprudencia para impedir la eficacia de numerosas cláusulas abusivas.

En cuarto lugar, el juego de la buena fe, de las buenas costumbres y del abuso del derecho también puede servir para limitar la eficacia de las condiciones generales. Aunque su virtualidad depende del contenido que se reconozca a estos standards o conceptos válvula en su aplicación.

En última instancia, el criterio básico es el de la relación existente entre la autonomía de la voluntad y la eficacia de las leyes. Lo que desemboca en el problema de los límites inmanentes de la autonomía de la voluntad. Esta es la cuestión fundamental que se aborda magistralmente en el discurso y que coincide con el tema que da motivo a estas notas (14).

Alrededor de la autonomía de la voluntad y la renuncia de las

sidiaria de primer grado; quedando así, fuera de la enumeración, los usos observados en cada plaza. Este resultado no contradice el criterio general del art. 2.º del Código de comercio, de aplicación preferente de los usos respecto al Derecho común, sino que lo concreta en lo referente a la contratación, limitando así, de hecho, la remisión a los usos convencionales, y excluyendo de ella a los normativos» (pág. 28).

(13) Págs. 33-34.

(14) Págs. 35-38.

leyes giran las reflexiones del profesor De Castro en un estudio que resulta verdaderamente ejemplar. Son objeto de investigación allí los antecedentes históricos de esta figura de la renuncia de las leyes, desde el Derecho Romano hasta la opinión de Castillo de Sotomayor pasando por el Derecho común, la época feudal, el Renacimiento, la práctica de los escribanos públicos favorable a estas renunciaciones y la reacción de la doctrina y de la jurisprudencia. Tendencia de respeto a la Ley que se extiende por toda Europa e influye en la época de la codificación. Según De Castro, en el Derecho vigente el defecto más grave que cabe imputar a las condiciones generales es que impliquen una renuncia de ciertas leyes. La autonomía de la voluntad tiene como límites las leyes, la moral y el orden público (1255). Los pactos contra ley o que impliquen renuncia de ley son nulos. Hay que deshacer el equívoco según el cual todas las normas relativas al Derecho de la contratación son dispositivas. Por el contrario, existen normas imperativas no sólo sobre la perfección del contrato sino también sobre su contenido. En el Derecho español —sigue diciendo— está permitida la modificación de los tipos contractuales, cabe la exclusión de ésta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato, no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la Ley (15).

En definitiva, el problema de la nulidad —o nulidad parcial— de las cláusulas contenidas en condiciones generales y que resulten injustas por haberse establecido en perjuicio de la parte más débil, impuestas por la parte que redactó las condiciones y que vulneren sin justificación el esquema contractual típico, va íntimamente unido a la cuestión de la renuncia de las leyes, ya que implican muchas veces una manifestación de esta figura. Como tales casos de renuncia pueden ser declaradas nulas. Lo que nos hace reconducir este problema de validez de las condiciones generales al más amplio tema de la autonomía de la voluntad, de sus relaciones con las normas legales imperativas, de los límites intrínsecos que condicionan el ejercicio de la autonomía contractual. He aquí la última cuestión, a cuya reflexión se llega partiendo del examen de las condiciones generales.

No es éste el momento de resumir en breves líneas el valor y el significado del trabajo del profesor De Castro que estamos comentando, su importancia para el estudio de las condiciones generales de la contratación y de los límites de la autonomía de la voluntad. Baste con recordar su rigor de pensamiento, su erudición al servicio de una profunda investigación y su claridad expositiva. Como señalaba don José Castán, al contestar en la Academia el discurso de ingreso del profesor De Castro, después de su estudio ha quedado demostrado que el Derecho vigente y el espíritu

(15) Págs. 38-49.

de justicia obligan a admitir e interpretar las condiciones generales con muchas salvedades y limitaciones (16). Más recientemente, al publicarse una nueva edición de aquel estudio, ha podido afirmarse con toda razón que el mismo se ha convertido en un clásico de nuestra literatura jurídica (17). Porque no se puede ya prescindir de tan valiosa aportación científica para valorar jurídicamente esta figura. Que, además, ha servido de fructífera ocasión para reexaminar el tema de las limitaciones de la autonomía contractual.

4. En 1967 se publicó el libro de don Federico de Castro sobre el negocio jurídico. Se trata, sin duda, de uno de los libros más importantes de Derecho civil publicados en España durante los últimos cuarenta años. Se estudiaba allí la teoría general del negocio jurídico, abarcando un conjunto de materias que formaban parte de su programa sobre la Parte General del Derecho civil. El primer capítulo de aquel libro se dedicaba al tema de la autonomía privada en general, como antecedente de la figura del negocio jurídico.

Como se afirma en el prólogo, la autonomía de la voluntad es uno de los grandes tópicos del Derecho, ineludible en cualquier ordenamiento jurídico (18). La autonomía privada es, en su sentido más amplio, el poder de autodeterminación de la persona, y se refiere a la esfera de libertad de la persona tanto para ejercitar facultades y derechos como para conformar las distintas relaciones jurídicas que le afectan. Tan importante concepto es definido como «aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social» (19). Doble contenido de la autonomía que se proyecta tanto sobre el ámbito del ejercicio de los derechos, como el de la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas a través del correspondiente negocio jurídico.

A pesar de las discusiones que ha suscitado, el término técnico de autonomía privada sigue siendo útil por cuanto afecta a una de las cuestiones centrales del Derecho privado: el de la independencia y libertad de la persona.

En el libro que estamos comentando se dedican párrafos muy sustanciosos a examinar cómo ha ido jugando el principio de la autonomía privada a través de la historia y de alguna de sus etapas jurídicamente más relevantes: el antiguo régimen, la reacción del liberalismo, la mercantilización del Derecho privado, el normativismo positivista, el renacimiento de los valores morales

(16) Pág. 68.

(17) Cuadernos Civitas, Madrid, 1975.

(18) Pág. 6.

(19) Pág. 12.

y el intervencionismo de la Administración. Evolución que desemboca en la actual crisis de la autonomía privada.

En definitiva todo ello pone de manifiesto la íntima conexión que existe entre lo político social y lo jurídico, entre las construcciones jurídicas y las ideologías políticas subyacentes. Y sirve para profundizar en el eterno tema de la autonomía privada, uno de cuyos problemas más acuciantes (el de sus límites) es el que sirve de origen a estas notas.

5. En el estudio sobre «El arbitraje y la nueva Lex mercatoria» se contienen nuevos desarrollos sobre el principio de la autonomía de la voluntad y sus necesarias limitaciones a través del examen que se hace del contrato de arbitraje y la cláusula compromisoria, y de las nuevas tendencias doctrinales que pretenden configurar el Derecho mercantil como un derecho autónomo.

Según De Castro, la regulación que se hace del arbitraje en la Ley de 1953 deriva de una concepción meramente consensualista o contractualista. Se quiere utilizar por eso el principio de la autonomía de la voluntad (*pacta sunt servanda*: aunque una parte resulte perjudicada debe atenerse a lo que dijo querer) para justificar el arbitraje o la cláusula compromisoria incorporada a un contrato. Postura utilizada por los empresarios más poderosos y las multinacionales para introducir en las condiciones generales de los contratos la sumisión a un arbitraje favorable. De nuevo aflora aquí el tema de las condiciones generales, con todos los problemas que esta realidad contractual plantea y a los cuales ya nos hemos referido sumariamente, en relación con la imposición del sometimiento a un arbitraje. Práctica que puede dar lugar a no pocos abusos por parte de las grandes organizaciones industriales y mercantiles, que imponen así a los más débiles económicamente tribunales arbitrales más favorables a sus intereses. Hasta tal punto es ello cierto que se ha podido afirmar con razón que ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria. Por eso la doctrina ha insistido sobre la necesidad del control judicial respecto al nombramiento de los árbitros y a la eficacia ejecutiva de las sentencias arbitrales (20).

Siguiendo el método historicista que siempre ha utilizado con especial brillantez y eficacia, el profesor De Castro dedica muy sugestivas páginas a estudiar el desarrollo histórico del arbitraje, para comprender mejor el significado de esta institución y de su régimen jurídico vigente (21). Se examinan así las distintas etapas

(20) Loc. cit., págs. 620-621.

(21) Vale la pena recordar aquí las escuetas y acertadas palabras con que justifica la conveniencia del estudio histórico de la institución arbitral: «El conocer las raíces de una figura jurídica puede explicarnos algunas de sus características. Además cabe que sirvan para decirnos el significado real de algunos prejuicios heredados, y cuya aceptación acrítica puede dificultar la debida apreciación del Derecho actual. Todavía, y respecto al arbitraje en especial, pueda resultar en una deseable desmitificación del

de su evolución, desde el Derecho romano, pasando por el Derecho común y los derechos territoriales de Cataluña, Aragón y Castilla, hasta llegar al movimiento codificador y su desarrollo en Derecho francés y Derecho español. La importancia de este estudio histórico es muy grande por la sorprendente cantidad de datos que aporta y que permiten una visión nueva y más completa de la regulación de esta figura. Pero no es este el momento de desarrollar el contenido de esta investigación.

La cláusula compromisoria ha venido a potenciar el arbitraje pero se ha convertido en un instrumento tan eficaz como peligroso, ya que mediante su empleo se consigue la designación previa como árbitro de persona de la confianza de una de las partes y que sea ella quien decida sobre cualquier controversia que pueda surgir de una relación jurídica ya nacida, eliminando así el control judicial. Este tipo de cláusulas compromisorias apareció en la práctica jurídica española al entrar en contacto la industria española con las empresas extranjeras. En un primer momento, los Tribunales españoles reaccionaron contra estas cláusulas considerando nulo el compromiso. Después la jurisprudencia cambia al considerar la cláusula compromisoria como una manifestación normal de la autonomía de la voluntad. El Tribunal Supremo intenta conciliar así el respeto al principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el Código civil, con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La eficacia de esta cláusula consiste en que origina para las partes la obligación de contraer el compromiso con las condiciones establecidas por la Ley especial. Como dicha obligación es personalísima, su incumplimiento por una de las partes desata la indemnización de daños y perjuicios. Pero en el ámbito procesal la cláusula permite oponer la excepción de falta de competencia. Tal era la situación de nuestro Derecho, que cambia con la Ley de 1953 al concederse a esta cláusula una incontrolada e ilimitada eficacia (22).

De otra parte, el movimiento doctrinal que se conoce como la nueva «Lex mercatoria» está íntimamente ligado al arbitraje mediante cláusula compromisoria. El Derecho mercantil clásico tenía por finalidad regular las relaciones entre comerciantes y con ese mismo carácter llega a la época de la codificación. La «nueva Lex mercatoria» supone un cambio en esa concepción originaria, cambio motivado por la estructura económica de los países más desarrollados. Se introducen así nuevas maneras en el tráfico jurídico: contratos tipo, condiciones generales de la contratación, cláusulas de no responsabilidad y cláusulas de arbitraje. El nuevo Derecho mercantil es el Derecho de la empresa y de los actos en masa. Nueva visión que conduce a afirmar la existencia de un Derecho autónomo de los comerciantes independiente de los De-

arbitraje, observando que no se trata de algo dado a priori, sino de una figura cambiante, resultado del variado entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales» (pág. 624).

(22) Págs. 645-651.

rechos nacionales. Con lo cual se evita la aplicación de las disposiciones imperativas molestas contenidas en las leyes nacionales. La cláusula compromisoria impide la temida intervención judicial y los preceptos imperativos de las leyes que los jueces pueden aplicar. Y así, a través del arbitraje y de la nueva «Lex mercatoria», se consagra el predominio jurídico de empresarios y banqueros (23).

El movimiento de la nueva «Lex mercatoria» ha despertado crecientes reacciones doctrinales. Recuérdesse lo dicho sobre las condiciones generales de la contratación. Tales condiciones generales no son, evidentemente, un uso normativo. Tampoco pueden justificarse como ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad. No puede afirmarse que la autonomía de la voluntad sea un valor absoluto y que el principio «pacta sunt servanda» no admita limitaciones. El significado y alcance de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico no puede centrarse sólo en la libertad de los particulares. Habrá que tener en cuenta también el cómo y el por qué se justifica la puesta a su servicio del aparato estatal, la intervención de las autoridades que se solicita para forzar a que se cumpla lo pactado. El Juez ha de dictar una sentencia justa y no puede convertirse en cómplice o colaborador de los empresarios que abusan de su prepotencia social o económica. La autonomía de la voluntad y la libertad contractual pierden su sentido cuando se convierten en instrumento para la prevalencia de los fuertes sobre los débiles. Por este camino se orienta al movimiento de protección de los consumidores y su defensa frente a la práctica abusiva de las condiciones generales de los contratos, así como las leyes especiales sobre determinados contratos (seguros, ventas y préstamos a plazos, transportes) que prohíben expresamente ciertas cláusulas abusivas; movimiento que se ha desarrollado últimamente en numerosas leyes extranjeras, y que se refleja también en la Constitución española de 1978 (arts. 51 y 54) (24).

En fin, la ley española de Arbitraje de 1953 se apoya desmesuradamente en el principio de la autonomía de la voluntad, al consagrar la cláusula compromisoria sin tener en cuenta los límites que para dicho principio se estiman adecuados en el Derecho de obligaciones. El extremado liberalismo en que se inspira permite que se dejen sin sanción abusos e injusticias. Las críticas dirigidas a la ley justifican la necesidad de un nuevo texto legal, que ya no se ponga sin reservas al servicio ilimitado de la autonomía de la voluntad y se atienda a la intrínseca peligrosidad de la cláusula compromisoria (25).

El examen de estas nuevas realidades jurídicas, las condiciones generales de los contratos, la cláusula compromisoria en el

(23) Págs. 660-667.

(24) Págs. 677-685.

(25) Págs. 717 y 706.

contrato de arbitraje, el movimiento de la nueva *Lex mercatoria* y su necesaria revisión crítica, nos lleva a la conclusión de que el principio de autonomía de la voluntad, en que tratan de encontrar justificación todas esas figuras, no puede aceptarse de forma incondicionada. La autonomía privada tiene unos límites intrínsecos que no se pueden rebasar. De no ser así se puede llegar a la consagración de abusos inadmisibles y de verdaderas injusticias.

6. Como su propio título indica, el último trabajo del profesor De Castro hace referencia a las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. El tema central y unitario de todo el trabajo es el del alcance del principio de la autonomía de la voluntad, respecto del cual existen dos tendencias fundamentales y opuestas: las corrientes que repugnan cualquier limitación de la autonomía (ideología liberal, mercantilistas, visión económica del mercado que postula la total subordinación del orden jurídico al económico, carácter absoluto del principio «*pacta sunt servanda*»), frente a las cuales se sostiene que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos conforme a su misma naturaleza jurídica (leyes en defensa de los consumidores y del contratante más débil) (26). Planteada la disyuntiva doctrinal en esos términos, no hace falta insistir en que De Castro se adhiere resueltamente a la segunda de estas opiniones.

De los diversos capítulos que integran este importante trabajo, vamos a referirnos aquí exclusivamente a aquellos que hacen referencia al concepto de orden público (IV) y a la nueva concepción de la autonomía de la voluntad (V). Para no alargar más la extensión, necesariamente breve, de estas notas. Y sin que ello signifique olvidar la indudable importancia que encierran otras materias (la protección del consumidor, la restricción de las prácticas restrictivas de la competencia) igualmente estudiadas en esta investigación.

a) Como es sabido, uno de los límites que expresamente establece el Código civil español al libre juego de la autonomía contractual es el orden público (art. 1.255). Pues bien, ¿qué significado tiene esta ambigua y genérica expresión? El sentido nuevo, y hasta cierto punto desconectado del lenguaje usual, con que esta expresión es utilizada en nuestro Código civil procede del Código francés. En él se decía que no se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres. La justificación de este precepto resultaba clara: Era necesario reaccionar frente a la deformación que había sufrido el principio de la autonomía de la voluntad por obra de los yusnaturalistas no católicos, frente a la doctrina de los canonistas y autores de Teología moral que entendían que aquel principio estaba subordinado a las exigencias de la justicia y de la equidad en cada caso (27).

(26) Loc. cit., págs. 988-989.

(27) Págs. 1016-1020.

El Código civil español sigue al Código Napoleón en sus artículos 4 (28) y 549; pero se separa de él al ocuparse del contrato (arts. 1.255 y 1.275). El concepto de orden público, como cláusula general, presenta un contenido variable. Como término técnico se emplea para calificar aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo ordenamiento; con lo cual se consigue la limitación del precepto codificado que otorga a los contratos valor de ley. Y así se abandona una concepción estrictamente legalista para poder recurrir a criterios extrapositivos.

El orden público se encuentra unido muchas veces en los Códigos con las buenas costumbres. Ambos resultan diferenciables pero inseparables y han sido utilizados como medios imprescindibles para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad. Los contratantes elaboran su propia ley contractual como ley privada (fuerza obligatoria del contrato). Pero cuando el Estado ha de intervenir poniendo a disposición de cada parte el aparato coactivo de la Administración de Justicia, no podrá colaborar imponiendo a una de las partes que realice algo inmoral o injusto. Por eso el Código francés y los que lo han seguido se refieren al orden público y a las buenas costumbres en la regulación del contrato, retirando la protección jurídica a los convenios contrarios a las buenas costumbres o con causa ilícita. Aunque nuestro Código se aparta en este punto de sus modelos, es lo cierto que las referencias hechas en los Códigos al orden público, a las buenas costumbres o a la moral, sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia, facilitando su positivación al mencionarse en la ley.

Desde el punto de vista de la evolución histórica puede recordarse que el movimiento codificador impone la primacía de la ley como fuente del Derecho. En el Código francés se consagra el principio de la autonomía y se otorga a los contratos valor de ley. De esta manera la ley se autolimita amparando la libertad de tratos y contratos. Primacía de la autonomía de la voluntad que se acentúa con la escuela de la exégesis, y que sólo admite como límite el expresado claramente en una ley imperativa. Así la doctrina protege los intereses de comerciantes, industriales y financieros. Los movimientos totalitarios posteriores vienen a romper con la ideología liberal y con esa concepción de libre mercado. Pero después de la segunda guerra mundial renace la dirección mercantilista, se pasa de una sociedad de cambio a una sociedad de consumo, el empresario domina la contratación, aparecen los contratos de adhesión y las empresas crean sus condiciones generales. Con lo cual se llega a resultados injustos. La reacción doctrinal contra esa práctica jurídica no tarda en hacerse notar. Y uno de los medios para escapar a esos abusos e injusticias se

(28) Hoy art. 6.º-2.

instrumenta precisamente a través de los conceptos de orden público y buenas costumbres (29).

La noción tradicional de orden público ha sufrido también la influencia del más reciente concepto de orden público económico, aparecido por primera vez en nuestra legislación en la Ley sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Según De Castro, la fundamentación normativa de las dos clases de orden público, el jurídico y el económico, es muy diferente. El primero se basa en normas extrapositivas, no expresadas en textos legales, y su específica finalidad es evitar que, por medio de la libertad de contratación, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el sentido de lo justo o de lo moral; su eficacia se traduce en declarar nulos ciertos convenios. Mientras que el llamado orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, teniendo la eficacia de imponer determinados comportamientos para establecer la prevista ordenación económica. La distinta naturaleza y función de ambos tipos de orden público se manifiesta en su respectiva relación con la moral y las buenas costumbres. El orden público jurídico está en íntima conexión con las buenas costumbres. El orden público económico atiende en cambio a lo que la Administración en cada momento considere más conveniente a su plan económico, al margen de consideraciones de moral o de justicia conmutativa. Por eso resultaría peligroso confundir ambas nociones, igual que lo es identificar las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad aludidas en el artículo 1.255 C. c. con las imposiciones o restricciones a la libertad de contratar derivadas del intervencionismo económico de la Administración (30).

b) La autonomía de la voluntad como principio jurídico ha sufrido una importante evolución a través de los tiempos. La concepción liberal del contrato rechazaba cualquier limitación de la autonomía de la voluntad fuera del expreso mandato de la ley. Pero esa visión de la realidad contractual entró pronto en crisis, tanto por el intervencionismo del Estado para proteger a ciertas clases sociales mediante la promulgación de normas imperativas que excluyen la libertad de contratación (contratos de trabajo, seguros, transporte, arrendamientos), cuanto por la reacción frente al uso abusivo de ciertas figuras (contratos de adhesión, condiciones generales de los contratos). A su vez, la alegación de las buenas costumbres y del nuevo orden público ha servido para negar validez a las cláusulas leoninas (exención de responsabilidad, ruptura de la equivalencia de las prestaciones).

Los partidarios de considerar a la autonomía de la voluntad con las menos limitaciones posibles han utilizado el argumento de que las leyes limitativas del arbitrio de las partes (art. 1.255

(29) Págs. 1025-1040.

(30) Págs. 1046-1050.

C. c.) son las imperativas y prohibitivas, que se refieren sólo a la esfera de perfección del contrato o a sus requisitos, pero que todas las demás leyes tendrán carácter dispositivo, con un valor meramente supletorio de la regulación establecida por el libre e ilimitado arbitrio de los contratantes y relativa al contenido de los contratos. Frente a ello, afirma claramente De Castro que las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes como modelo o ejemplo cuyo cumplimiento se deje al arbitrio de los contratantes. Por el contrario, han sido recogidas por el ordenamiento y sancionadas como normas porque traducen las consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Los pactos, cláusulas y condiciones que se desvían del modelo legal habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Por eso cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes que no encaje dentro de la naturaleza del contrato, tales pactos habrán de considerarse ineficaces. En este sentido se ha podido afirmar por la doctrina más reciente que deben considerarse como de orden público las normas dispositivas que cumplen la función de realizar los principios latentes en el ordenamiento jurídico.

La naturaleza de cada contrato, las obligaciones esenciales derivadas de cada tipo de contrato, e incluso la «naturaleza de las cosas» han sido criterios igualmente empleados por la doctrina para rechazar las cláusulas de exoneración de responsabilidad; o para invalidar la ruptura de la equivalencia de las prestaciones, con apoyo además en la violación de las buenas costumbres. Todo lo cual pone de manifiesto el declinar de los principios liberales sobre la autonomía, tendencia que se subraya con el reciente movimiento de protección de los consumidores y del contratante más débil.

La cuestión fundamental viene a ser entonces la de si existen limitaciones inmanentes a la autonomía de la voluntad. Como dice acertadamente De Castro, en la regulación de la autonomía de la voluntad juegan dos polos de atracción que son opuestos y contradictorios. De un lado, el del respeto a la palabra dada y el de la justicia conmutativa. De otro, el de la libertad para obligarse y el del control estatal para decidir si debe cooperar con lo querido o declarado por los contratantes. En cada momento de la Historia la balanza se puede inclinar hacia el uno o hacia el otro polo. Podrá así advertirse que las tendencias consideradas hoy innovadoras han existido siempre de modo abierto o latente conforme a la propia condición del Derecho, aunque —sigue diciendo— las fuerzas del liberalismo económico y la moda del positivismo jurídico hayan ocultado el aspecto ético de la contratación.

Pues bien, dejando aparte otras opiniones doctrinales más antiguas (31), la doctrina moderna española no ha sido ajena a

(31) Concretamente la de CASTILLO DE SOTOMAYOR, en relación con la cláusula por la que el arrendatario se obligaba a pagar la renta pactada,

ese movimiento general de condena de las cláusulas leoninas o abusivas. Por este camino se ha venido a abandonar la interpretación más estricta del artículo 1.255 del Código civil, se ha rechazado la antigua manera de entender las normas dispositivas, y la jurisprudencia ha declarado nulas ciertas cláusulas leoninas de exoneración de responsabilidad y pactos abusivos, apoyándose en el criterio de que el juez puede buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes (32).

Tan sugestiva exposición se cierra con las siguientes palabras de De Castro que resumo a modo de conclusión: Existe una tendencia general a dejar de lado la idea de la autonomía como ámbito del arbitrio de la voluntad pura y sin límites... No cabe deducir una devaluación del principio de autonomía de la voluntad... Tampoco debería hablarse de una decadencia o muerte del contrato. Ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos prejuicios, del propio individualismo exaltado que inspiró al liberalismo del siglo XIX y del más reciente del neoliberalismo que abandera la nueva «Lex mercatoria». El vacío así producido ha permitido advertir que *la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes*, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común. Esto parece evidente en cuanto desaparecen los prejuicios originados por la concepción liberal del contrato. *Los pactos leoninos son necesariamente nulos*. Conclusión que impone *el artículo 1.255 del Código civil*, adecuadamente interpretado. *Las leyes a las que se refiere no son tan sólo las expresa o claramente imperativas*, sino también las llamadas dispositivas, en cuanto éstas establecen la regulación normal de las relaciones contractuales y cuyo abandono a favor de uno de los contratantes requiere por ello, en cada caso, su especial justificación. La moral impone el calificativo de inmoral al pacto leonino (33).

7. La lectura de estos importantes trabajos nos pone de manifiesto la permanente atención del profesor De Castro por el tema de la autonomía privada. Su agudo examen de algunas modalidades de la realidad contractual, especialmente desarrolladas en los últimos tiempos (contratos de adhesión, condiciones generales, cláusulas compromisorias de arbitraje), y la revisión crítica de estas prácticas a la luz de la justicia y de los principios fundamentales del ordenamiento, le conduce a una profunda investigación científica del dogma de la autonomía privada, tan esencial dentro del sistema del Derecho privado. Por ese camino no sólo aporta brillantes precisiones sobre el origen y la evolución histó-

aunque los frutos se perdieran por caso fortuito, opinión que oportunamente recoge DE CASTRO haciendo gala de su envidiable dominio de nuestros autores clásicos.

(32) Págs. 1051-1066.

(33) Págs. 1066-1067.

rica de este principio general, sino que profundiza en cuestiones jurídicas tan sustanciales y controvertidas como son la renuncia de las leyes, el concepto de orden público como límite, la distinción entre leyes imperativas y dispositivas, la eficacia del pacto abusivo contra ley dispositiva, y la fundamentación del movimiento doctrinal denominado «nueva lex mercatoria». Así llega a la conclusión de que la autonomía privada, a pesar de su importancia en Derecho privado, no puede ser considerada como un principio absoluto e ilimitado, sino que presenta limitaciones intrínsecas que condicionan su aplicación; que el artículo 1.255 C. c. debe ser rectamente interpretado entendiendo los límites allí recogidos en el sentido amplio que les corresponde; que no cabe amparar en la autonomía la validez de los pactos abusivos, impuestos o injustos; y que la autonomía contractual no puede rebasar el esquema institucional típico de cada contrato.

En los estudios que estamos comentando, al examinar el principio de autonomía de la voluntad y los peligros de su ilimitación, se contienen algunas valiosas ideas sobre la misión de los juristas al enfrentarse con la realidad económico-social, y a la necesidad de valorar esa realidad con criterios de justicia. En los momentos actuales de crisis de la justicia, de desconfianza social hacia su efectiva encarnación; en que el trabajo de los juristas no siempre está a la altura de su elevada misión; en que muchas veces se busca más el fraude a la ley que el cumplimiento de sus normas y de sus principios inspiradores, y en que colaboran en esa actividad no pocos profesionales del Derecho, puede resultar oportuno recordar aquellas palabras de De Castro: El teórico del Derecho —dice limitando su reflexión a esa tarea dogmática o constructiva, pero su afirmación puede aplicarse a toda la actividad jurídica— juega de intermediario y buen componedor entre la ley y la jurisprudencia, está al servicio de ambas, para que ley y sentencia, regla general y mandato concreto, se ajusten mejor, sean más exactas y más justas. En este sentido, pesa (sobre los juristas) una grave obligación: velar porque las circunstancias del momento no nos hagan olvidar que *lo jurídico pierde esta condición al apartarse de la Justicia...* Cuando se configura una realidad social (las condiciones generales de los contratos, en este caso) como instrumento de opresión y causa de desigualdad jurídica para los contratantes, la situación así creada puede implicar una desconexión entre la ley positiva y la justicia. Pues bien, al jurista no se le consiente cruzarse de brazos o lavarse las manos ante tal estado de cosas. A la doctrina jurídica se le exige, como tarea obligada, encontrar la manera de interpretar el Derecho vigente de modo que concuerde con el sentimiento general de justicia (34).

En otra ocasión señala que los juristas no pueden quedar satisfechos con dar cuenta de los hechos sociales; sino que sienten

(34) Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, págs. 7, 8 y 34.

la necesidad de contrastar su valor jurídico, su licitud y eficacia general (35). En fin, advierte también que los juristas no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento de un contrato, cualquiera que sea su contenido. ¿Pueden los poderes públicos, en especial los jueces —se pregunta—, imponer el cumplimiento de condiciones, cláusulas o pactos que resulten evidentemente injustos o leoninos? Si la pregunta se contestase afirmativamente, no se podría calificar la labor del juez de encarnación de la justicia, ni al Estado de Estado de Derecho... El civilista educado en el comentario de leyes y sentencias tiene una alta tarea, la de buscar y luchar por una más justa ordenación jurídica (36).

8. La obra jurídica del profesor Federico de Castro, respecto de la cual los estudios sobre la autonomía privada y sus limitaciones aquí resumidos constituyen una buena manifestación, suscita en el estudioso de estos temas diversas reflexiones. Se trata de una obra extensa de contenido, profundamente renovadora en las conclusiones a que llega, y de una extraordinaria importancia en el panorama del Derecho civil español.

Sus trabajos ofrecen muchas veces una nueva visión del Derecho y un nuevo enfoque de los problemas. Ese aspecto renovador e innovador de sus estudios de Derecho civil presta a los mismos un especial atractivo y confiere a su obra el mérito de haber abierto nuevas vías para la investigación.

Su concepción del Derecho se basa en la persona, como realidad primaria y básica, en su valor especial como centro del Derecho, en su especial dignidad; y en la subordinación del mundo jurídico a la idea de justicia que lo justifica e inspira. Esa visión de personalización y humanización del Derecho civil (37) se manifiesta también en el ámbito del Derecho patrimonial. A través de sus estudios se percibe una tarea de verdadera moralización del Derecho patrimonial. Se subraya repetidas veces la primacía del valor de la justicia frente a los criterios egoístas de organización económica o de beneficio injustificado. Su visión del Derecho le lleva muchas veces a la condena de ciertas prácticas sociales, arraigadas por el uso, que implican situaciones abusivas o crean perjuicios indebidos. En definitiva, y como ya he señalado alguna vez, todo ello se traduce en una subordinación de la economía a la ética.

También se observa en su obra una fecunda conexión entre teoría y práctica, entre el diagnóstico certero de los problemas fundamentales que la realidad social plantea y la rigurosa investigación científica que sirve de fundamento a la más justa resolución de esos problemas. Esa conexión es particularmente aprecia-

(35) El arbitraje y la nueva «Lex mercatoria», pág. 678.

(36) Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, págs. 989 y 992.

(37) CASTÁN, Contestación a su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pág. 63.

ble en sus estudios sobre la autonomía privada y sus limitaciones que aquí se han referido. La necesidad de enfrentarse con algunas anómalas estipulaciones surgidas en el campo de la realidad contractual, cuya validez pretendía justificarse basándose en el dogma de la autonomía de la voluntad, condujo a De Castro a replantear de raíz toda la teoría de la autonomía privada, y a descubrir a partir de ahí sus necesarias e intrínsecas limitaciones. Tarea de investigación científica llevada a cabo con una precisión, un rigor y una profundidad ciertamente admirables. De esta manera se demuestra una vez más que el mejor instrumento para la adecuada resolución de los complejos problemas que la realidad práctica plantea es una rigurosa y responsable teoría.

Igualmente se puede destacar en estos trabajos, y en general en toda su obra escrita, la brillante y ejemplar aplicación del método histórico para el estudio de las instituciones jurídicas que, como realidades sociales que son, están sujetas a evolución y cambio permanente. La exposición del desarrollo de las figuras a través de los tiempos sorprende por su erudición exhaustiva y ayuda poderosamente a comprender el sentido de esa evolución y de su desarrollo en la época actual.

Termino recordando que el profesor De Castro fue, en el más amplio sentido de la palabra, un verdadero maestro. Su magisterio indiscutido y ejemplar puede proyectarse en un doble plano. De una parte, en el terreno científico. Pocos como él han llegado a realizar una obra intelectual tan valiosa en el ámbito de la ciencia jurídica española del siglo xx. La importancia de sus aportaciones sólo podrá valorarse cuando pase algún tiempo y se haga la historia de la ciencia del Derecho en estos años. En cualquier caso, los que hemos aprendido de él algunas ideas fundamentales en el estudio del Derecho no podremos olvidar la calidad y fecundidad de su enseñanza. En efecto, su magisterio se ha proyectado sobre sus numerosos discípulos en la Universidad, en el Seminario por él dirigido en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL y a través de sus múltiples publicaciones. Por ello no es exagerado recordar la influencia del magisterio de De Castro sobre las diversas actividades jurídicas en nuestra Patria a través de sus discípulos que en ellas han colaborado.

Pero, de otra parte, don Federico de Castro ha sido también un maestro de la vida humana. Con su ejemplaridad en el vivir nos ha enseñado a sus discípulos a ser personas, humanamente hablando, más ricas y desarrolladas, a encontrar así nuestro mejor yo. Encarnó en su vida un conjunto de virtudes, fáciles de apreciar para quienes le tratamos amistosamente durante muchos años: honradez, laboriosidad, generosidad, humildad, fidelidad a la vocación. A través de su esforzada biografía dio testimonio de una manera ejemplar de ser hombre. Para algunos de sus discípulos la lección de su vida constituye un ejemplo permanente. También en este sentido, más noble y más profundo, fue un verdadero maestro.

Tras la muerte de don Federico, la tarea que nos corresponde realizar a sus discípulos tiene que ser la de continuar su trabajo, tanto en la investigación como en la aplicación práctica del Derecho. Transmitiendo sus enseñanzas a nuevos discípulos, desarrollándolas y haciéndolas fecundas en su aplicación a nuevos planteamientos. Y luchar siempre sin desánimo por el triunfo de la justicia, que fue una de sus preocupaciones fundamentales a lo largo de su vida.

