

AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTRATO*

JOSÉ LEYVA SAAVEDRA**

Resumen

Una de las instituciones que marca el paso del desarrollo del derecho privado no cabe duda que es la ayer denominada autonomía de la voluntad y hoy mejor precisada autonomía privada; esto es, aquella libertad de los particulares, reconocida por los ordenamientos jurídicos, de regular sus propias relaciones jurídicas de la forma y manera querida por ellos. El derecho recorta, como bien se ha dicho, la superficie de la libertad existencial y devuelve, como recompensa, la libertad jurídica de las personas, organizada y precisada, para proyectar, perseguir sus propios objetivos, pero dentro de los límites señalados por cada ordenamiento. La indicada libertad está considerada dentro de los derechos fundamentales de las personas y encuentra su mejor plasmación en el contrato, posicionando en esta sede la autonomía contractual.

A pesar de su consideración de pieza maestra de las relaciones jurídicas privadas, la autonomía privada no tiene un espacio específico y explícito dentro de las constituciones políticas de los Estados, lo que realmente es preocupante, ya que se prefiere darle rango constitucional a una de las expresiones de tal autonomía, como es la libertad contractual.

Palabras claves: Autonomía privada – Autonomía contractual – Libertad contractual – Contrato.

Abstract

Without a doubt, one of the institutions that sets the pace for the development of private law is the formerly called free will, better known today as private autonomy; in other words the freedom of private individuals, acknowledged by the law, to regulate their own legal relations as they wish. As mentioned previously, the law reduces the surface of existential liberty and restores the organized and stipulated legal freedom of the persons to pursue their own objectives, but within the limits set by each legal order. The aforementioned liberty is considered one of the fundamental rights of persons which is best embodied in the contract and its autonomy.

Even though it is considered a key part of private legal relations, private autonomy has no specific or explicit space in State constitutions, which is cause for concern, because the laws prefer to grant a constitutional capacity to one of the expressions of such autonomy, which is the contractual freedom.

* Este trabajo, elaborado con motivo del «XXV Aniversario del Código civil peruano», tiene como base el contenido de los numerales 6 y 7 del volumen «Contratos en general». En: Leyva Saavedra (dir.), Tratado de contratos. Lima, 2012, vol. I, Cap. I, en prensa.

** Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Key words: Private autonomy - Contractual Autonomy - Contractual Freedom - Contract.

Sumario

1. Nota introductoria. 2. Autonomía privada: límites. 3. Situación de la autonomía privada. 4. Autonomía privada y pública administración. 5. Autonomía privada y constitución. 6. Autonomía contractual. 7. Autonomía contractual: libertades. 8. Propuesta de nuevas libertades. 9. Autonomía contractual: límites. 10. Autonomía contractual y constitución. 11. La denominada libertad contractual sustancial.

1. NOTA INTRODUCTORIA

En el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, la pieza maestra que pone en movimiento a las otras piezas es la denominada «autonomía privada»¹, la que, como soporte principal del mundo jurídico, traduce naturalmente el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos a la libertad de los particulares de regular sus propias relaciones jurídicas, de la forma y manera querida por ellas², pero dentro de ciertos límites. El derecho, se ha dicho, recorta la superficie de la libertad existencial y devuelve, como recompensa, la libertad

¹ Autonomía, del griego *autós + nómos*, significa ley que los particulares se dan entre ellos, en régimen de libertad e independencia; autonomía de los privados significa libertad que los privados tienen, frente al Estado, de regular de sus propias relaciones. Actualmente, autonomía privada significa que los particulares son libres de cumplir las operaciones que quieran, salvo los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Cuando se hace referencia a la autonomía, con frecuencia, se quiere indicar una forma particular de autonomía, aquella contractual o, como se dice, *negocial* (del latín *negotium*, acuerdo), explica ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007, p. 548. A la palabra autonomía se contraponen aquella de heteronomía, que es regulación de intereses realizada por otro y otros, no por las mismas partes. En efecto, la voluntad es autónoma cuando se gobierna así misma, heterónoma es cuando viene dirigida desde afuera. Cfr. PUGLIATTI. «Autonomia: c) Autonomia privata». En: *Enciclopedia del diritto*. Milano, 1959, vol. IV, p. 367; BENEDETTI. «Negozio giuridico e iniziativa economica privata». En: AA.VV. *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative*. Padova, 1991, p. 309. CALASSO. «Autonomia: a) Premessa storica». En: *Enciclopedia del diritto*. Milano, 1959, vol. IV, pp. 349 ss.

² Autonomía privada significa posibilidad, para los particulares, de regular *per se*, del modo querido, las relaciones jurídicas con otras personas, apunta TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto privato*. Milano, 2005, p. 151. La autonomía privada es aquel poder reconocido o atribuido por el ordenamiento jurídico al privado de autorregular (es decir, de regularse a sí mismo, con propias manifestaciones de voluntad) sus propios intereses. Autorregulación que, si conforme al derecho, es jurídicamente vinculante para la parte o las partes que lo han creado, asumiendo, por ende, fuerza de ley (art. 1372.1 C.c.it.), consideran PERLINGIERI - DONISI. «Autonomia negoziale e autonomia contrattuale». En: PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*. Napoli, 2005, p. 335. El tema presenta una vasta literatura; aquí alguna: DAMIANI. «L'autonomia privata». En: AA.VV. *Il contratto nella società moderna*, en *Il contratto in generale*. En: BESSONE (dir.). *Casi e questioni di diritto privato*. Milano, 2002, vol. XXI-I, pp. 2 ss.; LA ROCCA. *Autonomia privata e mercato dei capitali*. Torino, 2009; LIBERTINI. «Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano». En: *Rivista del diritto commerciale*. 2002, n. 3-4, pp. 433 ss.; MINUTOLI. «L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)». En: *Il fallimento*. 2008, n. 9, pp. 1047 ss.; SCOGNAMIGLIO. «Negozio giuridico e autonomia privata». En: AA.VV. *La civilistica italiana. Cit.*, pp. 289 ss.; SCHLESINGER. «L'autonomia privata e i suoi limiti». En: AA.VV. *Contratto y lavoro subordinato*. Padova, 2000, pp. 87 ss.; SACCO. «Autonomia nel diritto

jurídica de las personas de manera organizada, precisada y recortada³. Devuelve a los sujetos, pues, un poder normativo propio⁴, no un poder de dictar normas⁵. Autónoma es, por ende, la persona que puede decidir libremente como proyectar, perseguir y alcanzar sus propios objetivos, pero dentro de los límites señalados por cada ordenamiento jurídico⁶, como veremos luego [*infra*, n. 2].

La expresión «autonomía privada» ha sido acuñada, en las últimas décadas, por la moderna doctrina, pues aquella tradicional ha preferido utilizar la expresión «autonomía de la voluntad»⁷, por entender que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana para que sea ella la que gobierne las relaciones entre las personas⁸. Para esta doctrina, la voluntad es la ley de sí misma y, por ende, la fuente primaria del derecho⁹.

privato». En: *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione civile, Torino, 1987, vol. I, pp. 518 ss.; SOMMA. «Autonomia privata». En: *Rivista di diritto civile*, 2000, n. 4, pp. 598 ss.; TOMMASINI (coord.). *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*. Torino, 2007; URSO. «Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto». En: *Persona e mercato*. 2010, n. 1, p. 63 ss.

³ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del derecho*. Barcelona, 1979, p. 743. La libertad es la realidad radical sobre la que se asienta el Derecho. Pues, como forma de vida, está existencial y ontológicamente inserto en la libertad. En cuanto forma social de vida, el Derecho es libertad jurídica. En efecto, para la libertad (natural) es norma, así como para la norma es libertad (jurídica). Por eso, la libertad jurídica no es una magnitud negativa, sino positiva, agrega el citado filósofo del derecho.

⁴ Autonomía significa ejercicio de poder normativo; no significa regulación de relaciones *propias*. *Auto - nomia* significa «poder normativo propio»; no significa «poder normativo sobre la esfera propia», explica SACCO. *Il fatto, l'atto, il negozio*. Torino, 2005, p. 309. La autonomía sería la «potestà di darsi un ordinamento», escribe PUGLIATTI. «Autonomia: c) Autonomia privata». *Cit.*, p. 367.

⁵ Según CATAUDELLA, autonomía, etimológicamente, está para significar poder de dictar normas para sí mismo. En el caso, es más propio hablar de un poder de regular los propios intereses. El ordenamiento, al dejar a los privados una esfera de autonomía, no les ha atribuido, ciertamente, un poder de dictar normas (*I contratti*. *Parte generale*, Torino, 2000, p. 8).

⁶ La autonomía privada es aquel fenómeno en virtud del cual los privados persiguen y realizan sus propios intereses mediante el cumplimiento de actos de la más variada especie (contratos, testamentos, matrimonios, etc.), a los que la ley reconoce efectos jurídicos. Cfr. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*. En: VASSALLI (dir.). *Trattato di diritto civile italiano*. Torino, 1955, vol. XV, t. II, p. 42; BENEDETTI. «Negozio giuridico e iniziativa economica». En: AA.VV. *La civilistica italiana*. *Cit.*, p. 315; NIVARRA - RICCIUTO - SCOGNAMIGLIO. *Istituzioni di diritto privato*. Torino, 2006, p. 28; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. Lima, 2001, t. I, p. 199; TORRENTE - SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*. Milano, 2007, p. 448.

⁷ Cfr. ALTERINI - LÓPEZ CABANA. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires, 1989, p. 7 ss.; BARASSI. *Instituciones de derecho privado*. Barcelona, 1955, vol. II, p. 217; CARBONNIER. *Droit civil*. Barcelona, 1960, t. II, vol. I, p. 127 ss.; DIEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid, 2007, vol. I, p. 143 ss.; WEILL - TERRÉ. *Droit civil. Les obligations*. Paris, 1986, p. 48 ss. Según ROUHETTE, volonté autonome signifie volonté qui se fixe à elle-même sa règle: l'obligation contractuelle a sa source dans la volonté des parties qui crée, à elle seule et librement, le contrat et tous ses effets [«La force obligatoire du contrat»]. En: TALLON - HARRIS (dirs.). *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*. Paris, 1987, p. 28].

⁸ Esto es comprensible, estima PUENTE Y LAVALLE, por cuanto, siendo la autonomía concedida a los particulares el fundamento del acto jurídico, durante todo el periodo histórico en el que se consideró el acto jurídico como la expresión de la voluntad de sus otorgantes, resultaba consecuente que se atribuyera a la voluntad el principio rector de las relaciones humanas. Era el auge de la teoría de la voluntad, concluye el citado autor (*El contrato en general*, *cit.*, p. 197).

⁹ La voluntad es la causa primaria del derecho se decía; en esta afirmación se sintetiza el credo filosófico del siglo decimonónico. Se pensaba que el Estado, la ley y, por ende, el acto jurídico descendían, de manera

Posteriormente, con el surgimiento de las teorías de la declaración, de la responsabilidad y de la confianza, que, sin desconocer el rol de la voluntad en la formación del acto jurídico, la privaron de su carácter determinante, para tomar en consideración los otros elementos que singularizan las nuevas teorías, se percibió que el acto jurídico podía ser válido aun cuando no represente la voluntad del otorgante, como sucede, por ejemplo, cuando el acto jurídico se forma con las declaraciones coincidentes de las partes, pese a que estas declaraciones no traduzcan sus respectivas voluntades. Ante esta situación, se pensó, acertadamente, que la autonomía debía recaer en el sujeto, en la persona, por ser éste el real protagonista de la existencia de relaciones jurídicas. La voluntad jamás puede ser autónoma, porque la «autonomía», en cuanto capacidad de decidir por sí mismo, pertenece a la persona, es natural a ella¹⁰. Por lo anotado, es más apropiada la expresión «autonomía privada», descartando cualquier sinonimia con aquella de «autonomía de la voluntad»¹¹.

El tema de la génesis del poder de la autonomía privada ha movido las quietas aguas de la doctrina. Un sector estima que el poder tiene un fundamento originario del cual el sistema jurídico se ha limitado a tomar conocimiento, regulando las modalidades de ejercicio; otro, en cambio, considera que el poder de autonomía privada deriva del sistema jurídico¹², por lo que los privados ejercitan un poder por delegación. En la época moderna, las razones que sustentan

inmediata, de la autonomía de la voluntad, enseña GALLO. *Diritto privato*. Torino, 2006, p. 368; *Ibid. Trattato del contratto*. Torino, 2010, t. 1, p. 19. Esta idea, acorde con la ideología individualista de 1804, ha informado el criterio seguido por el Código civil francés, en tanto que la época actual ha reaccionado violentamente contra ella, asumiendo una actitud que responde a un aspecto capital de socialización. Ha de advertirse, sin embargo, que la autonomía de la voluntad no ha implicado nunca un supuesto jurídico-legal de valor absoluto, pues inclusive el aserto filosófico vertido en 1804 sólo se incorporó al Código civil después de haberse atenuado restrictivamente, escribe CARBONNIER. *Droit civil*. cit., p. 127.

¹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO. «El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad». En: *Gaceta jurídica*. 2000, t. 75-B, p. 27. Considera el profesor sanmarquino que con la expresión «autonomía de la voluntad» se incurre en un equívoco, pues no es que la voluntad sea autónoma sino que es la persona, en sí misma, quien está dotada de autonomía en cuanto su ser es *ser libertad*. La voluntad es dependiente de una decisión libre. Ella se constituye en uno de los instrumentos propios de la naturaleza unitaria y psicosomática del ser humano del cual se vale de la libertad, que es su núcleo existencial, para convertir su potencial decisión o elección u opción en actos, en manifestaciones fenoménicas, en conductas humanas intersubjetivas. La voluntad no es *per se* autónoma sino que asume un rol instrumental al servicio de las decisiones libres de la persona. No es un fin, sino tan sólo un medio. La «autonomía», en cuanto capacidad de decidir por sí mismo, pertenece a la persona en cuanto ser libre, le es inherente. La autonomía o la autarquía están en el ámbito de la libertad. El ser humano es autónomo o autárquico porque su ser es *ser libertad*.

¹¹ Las dos expresiones podría parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son. Quienes hablan de autonomía de la voluntad, en realidad, desconocen el problema mismo de la autonomía privada (problema que, visto desde el ángulo subjetivo, se identifica con la búsqueda del fundamento del poder reconocido a los particulares a crear normas jurídicas) y dan relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos que, según esta opinión, es la raíz de la causa de los efectos jurídicos, en oposición a quienes, por el contrario, ven más bien en la declaración o en la manifestación de voluntad, como hecho objetivo, o en la ley, la fuente de los efectos jurídicos, explica FERRI. *La autonomía privada*. Madrid, 1969, p. 5.

¹² En esta línea, MOSSET ITURRASPE señala que la autonomía o soberanía de la voluntad nace de una delegación del orden jurídico (*Contratos*, Buenos Aires, 2004, p. 321). LEGAZ Y LACAMBRA, algunos años antes, ha escrito

la autonomía privada son fundamentalmente dos: una de orden *ética-política* y otra de orden *económica*. La primera apela a la libertad de los individuos, los que están legitimados para decidir el modo de emplear y disponer de sus propios bienes; la segunda recurre, en tanto, a la idea que dejando en libertad a los privados de disponer como mejor les parece sus propios bienes se tendrá una ventaja, en términos de utilidad económica, para el integro cuerpo social¹³.

Otro tópico debatido en doctrina es el referido a la relación existente entre *autonomía* y *ordenamiento*; es decir, entre voluntad del privado y voluntad de la ley, en el sentido de determinar cómo, cuándo y en qué condiciones los privados pueden legalizar una determinada operación económica, de modo tal que los efectos se produzcan no solo desde un punto de vista económico y social, sino también sobre el plano jurídico, con todas las consecuencias que deriven en orden a la tutela jurisdiccional en caso de incumplimiento de los acuerdos alcanzados¹⁴. Antes de todo, estima Gazzoni, debe verificarse si los efectos jurídicos son fruto directo e inmediato de la voluntad del privado o bien se producen solo a continuación del precepto normativo. Según una primera postura, la misma voluntad privada es la que da vida a los efectos jurídicos, ya que no subsiste dialéctica alguna entre voluntad del privado y voluntad de la ley, desde el momento que el rol desarrollado por el ordenamiento es, únicamente, aquel de poner los límites externos a la autonomía contractual, límites constituidos por contrariedad a las normas imperativas, de orden público y buenas costumbres¹⁵. Según otra tesis, el ordenamiento jurídico tiene el poder, exclusivo, de fijar los efectos negociales, la autonomía privada, por su lado, tiene la tarea de dictar el reglamento negocial¹⁶. Esta última tesis se acerca más a la realidad contractual.

que la voluntad psíquica concreta del hombre carece, en cuanto tal, de «poder» sobre las demás voluntades, y su «autonomía» no le pertenece por «derecho propio», sino como concesión y creación del orden jurídico (*Filosofía del derecho. Cit.*, p. 744).

¹³ Cfr. NIVARRA - RICCIUTO - SCOGNAMIGLIO. *Istituzioni di diritto. Cit.*, pp. 28 ss. Estiman estos autores que la explicación más profunda y radical de la elección operada por todos los sistemas jurídicos a favor de la autonomía privada, reside en la *imposibilidad* del mismo sistema jurídico de hacerse cargo de las decisiones en orden al modo de administrar los recursos y satisfacer las necesidades de cada uno de los particulares. Desde este punto de vista, el probable carácter originario del poder de autonomía privada no excluye su utilización instrumental de parte del derecho que «encuentra» este poder y lo confirma en su imprescindible función de regulador de los negocios de los privados. Este parecer tiene como base las ideas de CATAUDELLA. *I contratti. Cit.*, p. 10.

¹⁴ Cfr. BETTI. *Teoria generale. Cit.*, p. 43; GAZZONI. *Manuale di diritto privato*. Napoli, 2006 p. 775; *Ibid.* *Obbligazioni e contratti*. Napoli, 2006, p. 775.

¹⁵ *Manuale di diritto. Cit.*, p. 775. Este planteamiento confunde la idea naturalística de voluntad, que se identifica con el poder de actuar, con la configuración jurídica de la autonomía de voluntad. La voluntad es, en efecto, la voluntad psíquica del acto, pero con ello no se demuestra que ella sea también la causa jurídica del efecto, opina GAZZONI. *Obbligazioni e contratti. Cit.*, p. 775.

¹⁶ Cfr. GAZZONI. *Obbligazioni e contratti. Cit.*, p. 778. Recuerda este autor que el legislador italiano ha sido influenciado por dichas teorías en sede de elaboración de la sistemática del Codice civile de 1942. En el

2. AUTONOMÍA PRIVADA: LÍMITES

La libertad de las personas de darse su propia ley para regular sus relaciones privadas, considerada dentro de sus derechos fundamentales¹⁷, y que encuentra su mejor plasmación en el contrato, no es ilimitada, pues cada ordenamiento jurídico establece, aunque de manera indirecta, los parámetros dentro de los cuales se puede ejercer dicha autonomía. De esta manera, la autonomía encuentra su propia esfera o campo de actuación y, con ello, su propia fuerza autorregulatoria¹⁸. La noción de autonomía lleva ínsito, pues, el concepto de límite¹⁹. Se opera, con ello, un control de licitud y factibilidad de las operaciones negociales, llegando a prohibir todas aquellas prácticas que infrinjan tanto normas legales imperativas como normas de orden público y de buenas costumbres²⁰; es decir, prácticas que vulneren preceptos que se imponen a la voluntad de las partes, de manera que deben ser necesariamente acatadas, excluyendo toda posibilidad de pacto en contrario; o actos que atenten

Libro IV, Título II, dedicado a los contratos en general, se disciplina ante todo el denominado contenido del contrato, mientras que en el Capítulo V se disciplinan los efectos.

¹⁷ Además de considerarla como poder de decidir de la propia esfera jurídica personal y patrimonial, la autonomía privada puede ser vista como un derecho de libertad, y, en efecto, como un derecho fundamental de la persona, opina BIANCA. *Diritto civile. Il contratto*. Milano, 2004, vol. III, p. 30.

¹⁸ Siempre y en todo momento, jurídicamente hablando, el ejercicio de cualquier manifestación de la libertad en la vida de relación social, salvo en el campo marginal del «disenso» y de la «desobediencia civil», se halla sujeto a unas reglas que son garantía de la autenticidad de su propia expresión y, naturalmente, a unos límites y deberes negativos que ponen un contrapunto necesario en el conflicto subyacente entre libertad y autoridad. Lo que hace posible la existencia de un «orden social», apunta DE LOS MOZOS. «La autonomía privada: notas para una relectura del título de los contratos del código civil español». En: ALTERINI – DE LOS MOZOS – SOTO (dirs.). *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea*. Lima, 2000, tomo I, p. 198.

¹⁹ Cfr. MIRABELLI. *Dei contratti in generale*, en *Commentario del codice civile*. Torino, 1980, Libro IV, t. II, p. 27; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. Cit., p. 209; SCOGNAMIGLIO. «Negozio giuridico e autonomia privata». En: AA.VV. *La civilistica italiana*. Cit., p. 298. De parecer distinto es Díez-PICAZO, pues estima que las limitaciones a la libertad de contratar son atentados a la libertad de la persona (*Fundamentos del derecho*. Cit., p. 137).

²⁰ *Imperativas* son las normas que se imponen a la voluntad de las partes, de manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, excluyendo toda posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto. Se contraponen a las *dispositivas*, que son normas que pueden ser derogadas por las partes, siendo aplicadas sólo cuando ellas no han dispuesto otra cosa; y a las *supletorias*, que son normas cuya función específica es integrar las lagunas de la voluntad de las partes. De *orden público* son aquellas normas imperativas que salvaguardan los principios jurídicos, económicos y éticos fundamentales del ordenamiento mismo. *Buenas costumbres* es todo aquello que atiende a la moral. Contrato contrario a las buenas costumbres es aquel juzgado escandaloso o inmoral en una determinada sociedad. Las buenas costumbres, a diferencia del orden público, es un juicio que se pone de lado de la realidad social y no parte del ordenamiento jurídico, dice FERRI, «Buona costume», en *Enciclopedia giuridica treccani*, Roma, 1988, vol. V, p. 2). El orden público está constituido por aquellas normas que salvaguardan los valores fundamentales de la sociedad, y que, a pesar de ello, no están explícitamente formulados por la ley, pero que se recaban, de forma implícita, del sistema legislativo: de los códigos y de otras leyes ordinarias, y, sobre todo, de la Constitución política; las buenas costumbres están constituidas por aquellas normas imperativas, igualmente, no explícitas, recabadas implícitamente del sistema, que comportan una valoración del comportamiento de los sujetos en términos de moralidad o de honestidad. Estas reglas involucran también la costumbre sexual, política, deportiva y negocial de las personas, estima GALGANO. *Il contratto*. Padova, 2007, p. 291 ss.; *Ibid. Trattato di diritto civile*. Padova, 2009, vol. II, p. 329 ss.

contra preceptos, igualmente, imperativos, que salvaguardan los principios políticos, sociales, económicos y éticos fundamentales de un ordenamiento jurídico en un determinado momento histórico²¹. Con estas disposiciones se busca proteger el ordenamiento interno, a través de la consideración de sus normas positivas y sus valores políticos, jurídicos, económicos y morales, que están en la base misma de su organización jurídica y económica²².

Los indicados límites, desde sus orígenes, tienen como destinataria a la libertad contractual, no a la autonomía privada, menos a la autonomía contractual, aunque aquella sea una de sus más refinadas expresiones de ésta. Estos límites los estudiaremos luego [*infra*, n. 9].

3. SITUACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

El balance de la situación actual de la autonomía privada ha dividido a la doctrina: unos estiman que su ámbito de actuación se ha reducido; otros, en tanto, consideran que dicho ámbito se ha ampliado. Alpa, por ejemplo, escribe que el sector confiado a la autonomía privada es hoy más reducido. Obviamente, hay que distinguir tipo de tipo, no siendo, por ende, posible generalizar; pero la libertad de las partes aparece limitada: *a)* en la elección del contratante; *b)* en la elección del contenido; *c)* en la elección de los remedios; *d)* en la elección de la formulación de las cláusulas; *e)* en la tipificación de las particulares cláusulas; *e)* en la elección de la ley aplicable y los procedimientos aplicables; *f)* la reglamentación procede, pues, de modelos normativos de tipo legislativo, algunas veces detallados, otras veces expresados con fórmulas amplias. Se puede hablar, en este caso, de una suerte de renacimiento o relanzamiento de los principios generales, ahora también muy difundidos en el ámbito comunitario, concluye el citado autor²³.

²¹ Cfr. ROPPO. *Il contratto*. En: IUDICA - ZATTI (dirs.). *Trattato di diritto privato*. Milano, 2001, p. 403 ss. Los contratos que atentan contra normas imperativas, de orden público o a las buenas costumbres son contratos ilícitos: los primeros fundados en su ilegalidad, los últimos en atención a su inmoralidad. Cfr. RUSSO. «Norma imperativa, norma cogente, norma iderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva». En: *Rivista di diritto civile*. 2001, n. 5, p. 573 ss.; *Ibid.*, «Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto». *Contratto e impresa*. 2009, n. 1, p. 133 ss.; ALPA. *Manuale di diritto*. *Cit.*, p. 609; GALGANO. *Il contratto*. *Cit.*, p. 298 ss.; GALLO. *Diritto privato*. *Cit.*, pp. 28 ss.; *Ibid.* *Contratto e buona fede*. Torino, 2009, p. 287; GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. *Cit.*, p. 799; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. *Cit.*, pp. 210 ss.; TORRENTE - SCHLESINGER. *Manuale di diritto*. *Cit.*, pp. 23 ss.; TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto civile*. Padova, 2007, p. 136; TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto*. *Cit.*, 154.

²² Los ordenamientos jurídicos controlan que las operaciones concluidas por las partes no contravengan los valores, objetivos e intereses que el ordenamiento mismo quiere, en cada caso, garantizar, explica ROPPO. «Contratto». En: *Digesto. Discipline privatistiche*. Sezione civile, Torino, 1989, t. VI, p. 133.

²³ *Manuale di diritto*, *cit.*, p. 724 ss. En la disciplina de tipo legislativo y administrativo se amparan los códigos de conducta, que tienden a sustituir hoy a los usos. También en este caso estamos en la obligación de señalar que los códigos de conducta, no obstante ser expresión de las categorías profesionales interesadas,

En opinión de Trabucchi, el sistema seguido por el derecho vigente en el tema de las relaciones privadas resiente, indudablemente, la concepción dominante en el pasado siglo, que había combatido las restricciones a la autonomía privada. Hoy, en línea de principio, los privados son libres de establecer *si, con quién y en qué condiciones* contratar, además de decidir que contenido dar al reglamento negocial destinado a disciplinar las relaciones contractuales que instauran. En algunos casos, sin embargo, la libertad de decidir si emitir o no la declaración de voluntad destinada a dar vida, en combinación con la declaración (propuesta o declaración) de la otra parte, al unitario negocio contractual es sometida a ciertas limitaciones, tales que el sujeto se encuentra, jurídicamente, obligada a aceptar (o bien a rechazar) la conclusión del contrato. La fuente de estas limitaciones pueden ser la ley o un negocio precedentemente concluido por el sujeto. En otras hipótesis, las limitaciones atienden bien a la libertad de establecer con quien instaurar la relación contractual, como en el caso de la existencia de un derecho de prelación, sea esta de fuente legal o convencional, o bien a la libertad de las partes de decidir los contenidos del reglamento negocial, como acontece en los casos en que una norma imperativa fija el monto de la contraprestación debida por determinados bienes o servicios, o imponga la inclusión de determinadas cláusulas en el contenido contractual. Finalmente, hay casos en los que la libertad de los privados de decidir los contenidos del contrato, si bien en abstracto salvaguardada, resulta fuertemente limitada, sino muy amenazada, como sucede en la contratación por adhesión, que coloca a una de las partes en la alternativa simplemente de tomar o dejar²⁴.

PATTI, a su turno, señala que las normas de actuación de las directivas comunitarias en el tema de tutela de consumidor, además de romper las líneas sistemáticas del Código civil, inciden sobre el concepto y sus contenidos de la autonomía privada disciplinada por el Código, determinando dentro de que límites podía ejercerse dicha autonomía, los que eran impensables hasta hace

son impuestos, en cuanto a su adopción, por numerosas directivas comunitarias. La autonomía privada es también limitada en el plano de la solución de conflictos. Numerosas son, ahora, las directivas que imponen a los Estados Miembros la preparación de organismos destinados a la resolución extrajudicial de las controversias. Esto, obviamente, sin privar la parte del acceso a la justicia togada, sino con el favor de una composición de conflictos que, sobre la base de los principios de independencia, imparcialidad, competencia, simplicidad procedimental y eficiencia, esté en grado de asegurar a los usuarios del «servicio» la oportunidad de comprobar el fundamento de los derechos reclamados con formas simplificadas y en términos más rápidos que aquellos empleados por la justicia ordinaria, concluye el citado autor (*Op. Cit.*, p. 725).

²⁴ *Istituzioni di diritto. Cit.*, p. 182 ss. En estas hipótesis, al menos formalmente, el reglamento negocial puede o debe considerarse concordemente adoptado por ambas partes, ya que aceptando estipular el contrato con el predispuesto el adherente ha, implícitamente, consentido la adopción de las condiciones unilateralmente decididas por este último; sustancialmente, sin embargo, una de las dos partes, el adherente, se ha visto privada, de hecho, de la libertad de decidir los contenidos del contrato y ha podido incidir con una propia autónoma decisión solamente sobre el *an* de la instauración de la relación contractual, explica el autor citado (*Op. Cit.*, pp. 184 ss.).

algunos años y, además, resultan, en parte, injustificados. Este problema de delimitación de los espacios concedidos a la autonomía privada se presenta también en otras materias del derecho privado, en la que, en paridad, conviven tanto normas imperativas, que tienden a garantizar intereses públicos, frecuentemente conectados a la exigencia de tutela de sujetos considerados débiles en la relación negocial, como normas dispositivas, que permiten la actuación y, por ende, la operatividad de la autonomía privada²⁵.

Esta tendencia de limitar la autonomía privada se advierte, igualmente, en otros ordenamientos jurídicos, con la particularidad que en éstos los límites han sido formulados primero a iniciativa de los legisladores nacionales, luego por obra de la jurisprudencia²⁶, terminando el trabajo el legislador comunitario²⁷. A estos nuevos límites se han agregado nuevas sanciones en el caso de violación de las normas imperativas; así, mientras la regla del Código preveía la nulidad del contrato en caso de contraste con la norma imperativa, con la consiguiente necesidad de las partes de estipular un nuevo contrato, la regla de derivación comunitaria prevé la conservación del contrato sin la cláusula, por lo que una de las partes, al menos, queda ligada a un contrato con un contenido no querido²⁸.

De parecer distinto es Somma. Considera este autor que la autonomía privada, en los últimos años, ha vuelto a representar «il valore primo attorno al quale sviluppare le riflessioni dei privati in tutti i settori dell'ordinamento e al Codice civile la dottrina ha restituito il ruolo un tempo riservatole dalla tradizione»²⁹.

²⁵ «Tradizione civilistica e codificazioni europee». En: *Rivista di diritto civile*. 2004, n. 3, pp. 326 ss. Recuerda esta autor que el civilista habituado a colocar las novedades al interior del sistema y a remendar el tejido normativo, debe ahora preguntarse si este fenómeno, de invasión de normas imperativas de matriz comunitaria, hace actuales aquellas antiguas preocupaciones de la doctrina acerca de la inclusión, por mandato legal, de cláusulas sobre precios de bienes y servicios, e insoportable la erosión operada por las nuevas reglas sobre el principio de la autonomía privada.

²⁶ En cuanto a los límites propuestos por el legislador nacional, v. MEDICUS. *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?* Köln, 1994, p. 11 ss.; citado por PATTI. «Tradizione civilistica». *Cit.*, p. 527. Respecto al límites aportados por la jurisprudencia, v. FERRI. «Il ruolo della volontà negoziale e il documento informatico». En: *Rivista del diritto commerciale*. 2003, n. 2, pp. 282 ss.

²⁷ Esta situación ha llevado a considerar la existencia de una funcionalización de la autonomía privada, que traduce la intervención de legisladores nacionales sólo para regular aspectos considerados no esenciales, ya que los esenciales vienen regulados a través de directivas comunitarias. Cfr. CARRIERO. «Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problema applicativi». En: *Rivista di diritto civile*. 2009, n. 5, p. 511 ss.

²⁸ Cfr. MEDICUS. *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?* *Cit.*, p. 15; PATTI. «Tradizione civilistica». *Cit.*, p. 528.

²⁹ «Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2001, n. 2, p. 264. Se estima que mientras más se consolida el fenómeno de la globalización, mejor se manifiesta la autonomía privada como aliada privilegiada y como motor de desarrollo de aquella. Cfr. GRISI. *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano, 1999, p. 72 ss.

El retorno de la autonomía privada se observa, fundamentalmente, en sedes distintas al tradicional derecho patrimonial³⁰, como los derechos de personas³¹, de familia³², de sucesiones³³, de sociedades y el derecho procesal, en el cual se habla, a propósito de los medios alternativos de resolución de conflictos, de una justicia negociada³⁴. Este retorno ha despertado en la doctrina diversas reacciones: unos han aplaudido, porque estiman que permite mantener la «autarquía» del individuo en la configuración creadora de relaciones jurídicas³⁵; otros, en cambio, han mirado con cierta preocupación, pues piensan que hoy la autonomía privada hace una valorización mercantilista del individuo³⁶. Creemos que no hay que preocuparse, ya que la mayor presencia de la autonomía privada en la vida comercial de los particulares se traduce en un derecho más cercano a la realidad.

³⁰ Este retorno ha supuesto una contractualización de nuevos sectores del ordenamiento jurídico, señala SOMMA. *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*. Milano, 2000, p. 321; *Ibid.* «Autonomia privata». *Cit.*, p. 598.

³¹ Sobre el tema, v. RESTA. *Autonomia privata e diritti della personalità*. Napoli, 2005, pp. 3 ss.

³² Con referencia a la situación de la autonomía privada en el seno del derecho de familia, v. AMAGLIANI. *Autonomia privata e diritto di famiglia*. Torino, 2005, pp. 3 ss.; PATTI. «Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata». En: *Familia*. 2002, n. 1, p. 285 ss.; CATAUDELLA. «Parti e terzi nel patto di famiglia». En: *Rivista di diritto civile*. 2008, n. 2, p. 179 ss.

³³ En los últimos años se habla de una cierta contractualización del derecho de sucesiones, y en esto mucho tiene que ver el suceso alcanzado por el pacto de familia, introducido al ordenamiento italiano por Ley n. 55, de 14 de febrero de 2006, y regulado en el Libro de las sucesiones, Capítulo V-bis, arts. 768 bis ss. Esta institución contractual ha sido pensada y plasmada legislativamente para facilitar el pasaje de los bienes del empresario o titular, empresas y participaciones sociales, a uno o más descendientes, no importando el vínculo de precedencia entre ellos. El legislador, con la inclusión de este tipo negocial, acoge las propuestas tanto de la doctrina italiana como de la comunitaria, que recomendaba superar la denominada «unidad sucesoria», la prohibición de los pactos familiares y el monopolio de testamento, y afrontar el problema de la relación entre intereses de la empresa, particularmente familiar, e intereses de la familia en la perspectiva del pasaje generacional. El interés de la empresa es a su continuación y a una mejor gestión, en tanto que el interés de la familia es al respeto de las expectativas y de las reglas sucesoria que las tutelan, explica OPPO. «Patto di famiglia e diritto della famiglia». En: *Rivista di diritto civile*. 2006, n. 4, p. 439. Sobre el tema, v. CATAUDELLA. «Parti e terzi nel patto di famiglia». En: *Rivista di diritto civile*. 2008, n. 2, p. 179 ss.; DELLE MONACHE. «Funzioni, contenuto ed effetti del patto di famiglia». En: DELLE MONACHE (coord.). *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, en *I quaderni della rivista di diritto civile*. Padova, 2007, n. 8, p. 323 ss.; GALGANO. «Gli strumenti offerti dal nuovo diritto societario». En: *Contratto e impresa*. 2004, n. 1, p. 227 ss.; INZITARI. *Il patto di famiglia*. Torino, 2006, p. 3 ss.; MANES. «Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare». En: *Contratto e impresa*. 2006, n. 2, p. 539 ss.; VITUCCI. «Ipotesi sul patto di famiglia». En: *Rivista di diritto civile*, 2006, n. 4, pp. 447 ss.

³⁴ Sobre esta forma de justicia, v. FLICK. «Gli obiettivi della commissione per la riforma del diritto societario». En: *Rivista delle società*. 2000, n. 1, p. 1 ss.; COMOGLIO. «Mezzi alternative di tutela e garanzie costituzionali». En: *Rivista di diritto processuale*. 2000, n. 1, p. 322 ss. Los espacios dejados por el Estado vienen asumidos por los individuos y por su voluntad, estima CALÒ. *Il ritorno della volontà. Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata*. Milano, 1999, p. 175.

³⁵ Cfr. FLUME. *El negocio jurídico*. Madrid, 1998, p. 29 ss. La configuración autónoma de relaciones jurídicas, en la medida que sea reconocida por el derecho, no necesita ninguna otra justificación más que la que el individuo quiere. El contrato es justo porque se apoya en la recíproca autodeterminación de las partes contratantes, agrega el citado autor.

³⁶ Así piensa BOBBIO. *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*. Roma, 1999, p. XIII; citado por SOMMA. «Il diritto privato liberista». *Cit.*, p. 273.

Señalar, finalmente, que el pesado racimo de limitaciones a la autonomía contractual que muestra el novel derecho contractual europeo, conformado por directivas comunitarias, se explica, en parte, en el hecho de privilegiar la estrategia de la *conformación*, que da como resultado una autonomía de nuevo cuño, denominada *eficiente*, que se propone dar vida, sobretodo, a un conjunto de reglas adecuadas a la relación contractual proyectada, inspiradas en los principios de equidad y justicia contractual, antes que cumplir solamente una finalidad de solidaridad. Tales objetivos vienen perseguidos unas veces asociando deberes al poder (por ejemplo, obligaciones informativas y prohibiciones de abuso), otras veces incorporando verdaderos y propios contra-poderes, como el derecho de desistimiento (arrepentimiento), o bien recurriendo a técnicas de reducción o remoción del poder mediante la predisposición normativa de contenidos negociales mínimos necesarios, presididos por correspondientes nulidades de protección³⁷.

4. AUTONOMÍA PRIVADA Y PÚBLICA ADMINISTRACIÓN

Irrelevante a los fines clasificatorios, pero no para la individualización de la real consistencia del fenómeno de la autonomía, es la naturaleza privada o pública del sujeto que cumple el acto de reglamentación de intereses, toda vez que es expresión de autonomía también aquella decisión de una entidad pública de actuar bajo las normas del derecho privado, como sucede, por ejemplo, cuando una entidad pública decide adquirir un inmueble en *leasing* y elige celebrar el contrato con una empresa nacional autorizada para la realización de este tipo de operaciones. El poder de regular sus propias relaciones lo detentan todos los sujetos de derecho, sean ellos privados o públicos. Naturalmente, las entidades públicas por actuar y gestionar intereses públicos, también cuando utilizan instrumentos de derecho civil en lugar de aquellos ofrecidos por el derecho administrativo, requieren que la decisión de poner en práctica su autonomía privada cumpla con todo el procedimiento gobernado por el derecho público para estos fines.

En definitiva, los instrumentos ofrecidos por el *ius civile*, utilizados también con frecuencia por las instituciones públicas, han adquirido en la actualidad la fisonomía de instrumentos de derecho común y, como tales, sirven tanto a los

³⁷ Cfr. SCALISI. «Regole e metodo nel diritto civile della posmodernità». En: *Rivista di diritto civile*. 2005, n. 3, p. 294; *Ibid.* *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*. Milano, 2005, p. 57. Con relación a las indicadas nulidades, v. SCALISI. «Nullità e ineficacia nel sistema europeo dei contratti». En: *Europa e diritto privato*. 2001, n. 2, pp. 489 ss.; *Ibid.* «Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione». En: *Rivista di diritto civile*. 2005, n. 5, pp. 459 ss.; *Ibid.*, *Categorie e istituti del diritto civile. Cit.*, pp. 647 ss.; PAGLIANTINI. «Nullità di protezione tra la rilevanza d'ufficio e convalida». En: *Persona e mercato*. 2009, n. 1, pp. 20 ss.; En: [<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2009/07/numero1.pdf>].

intereses de los sujetos públicos como de los privados. Se puede decir, entonces, que la dicotomía derecho privado/derecho público no afecta a la autonomía de los sujetos de actuar en libertad para regular sus propios intereses³⁸.

5. AUTONOMÍA PRIVADA Y CONSTITUCIÓN

A pesar de su consideración de pieza maestra de las relaciones jurídicas privadas, la autonomía privada no tiene un espacio específico y explícito dentro de las constituciones políticas de los Estados³⁹. La propuesta de incluirla, expresamente, como una garantía constitucional, dentro las normas que «reconocen y garantizan los derechos inviolables de la persona», no ha terminado por consolidarse en la tienda constitucional.

Esto explica la no consideración de la autonomía privada dentro del elenco de derechos fundamentales, que el art. 2 C.pe., al igual que su par italiano (art. 2 C.it.), reconoce por ser derechos originarios de la persona⁴⁰. En el amplio contenido de las indicadas normas, se puede advertir manifestaciones concretas de la autonomía privada, como la libertad de matrimonio y de regulación de sus relaciones patrimoniales⁴¹, de empresa, de contratar y asociarse con fines

³⁸ Respecto a la división entre derecho privado y derecho público, v. SACCO. *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*. Bologna, 2007, pp. 237 ss.; GALGANO. *Trattato di diritto*. Cit., p. ss.

³⁹ En este sentido, v. MENGONI. «Autonomia privata e costituzione». En: *Banca, borsa e titoli di credito*. 1997, n. 1, p. 1; CASTRONOVO. «Autonomia privata e costituzione europea». En: *Europa e diritto privato*. 2005, n. 1, p. 30; MINUTOLI. «L'autonomia privata». Cit., p. 1048; PERLINGIERI. «Autonomia privata e diritti di credito». En BELVEDERE - GRANELLI. *Confini attuali dell'autonomia privata*. Padova, 2001, pp. 96 ss.; VETTORI. «La disciplina generale del contratto nel tempo presente». En *Rivista di diritto privato*. 2004, n. 2, p. 324; *Ibid*. *Diritto dei contratti e costituzione europea*. Milano, 2005, pp. 63 ss. Las reflexiones más relevantes sobre este tema son reconocidas a RESCIGNO. «L'autonomia dei privati». En: *Iustitia*. 1967, pp. 3 ss.; *Ibid*. «Contratto: 1) In generale». En: *Enciclopedia giuridica treccani*. Roma, 1988, vol. IX, p. 10; *Ibid*. «Premessa». En: GABRIELLI (coord.). *Il contratto in generale*. En: RESCIGNO - GABRIELLI (dirs.). *Trattato dei contratti*. Torino, 2006, vol. 1, t. I, p. XLVII. Al respecto, v. ALPA. *Corso di diritto contrattuale*. Padova, 2006, p. 282.

⁴⁰ Cfr. MENGONI. «Autonomia privata e costituzione». Cit., p. 2. A esta categoría son reconducibles solamente las manifestaciones concretas de la autonomía privada, que están el origen de algunas de las formaciones sociales tuteladas por el art. 2 C.it., en las cuales se desarrolla la personalidad de los privados: la familia fundada sobre el matrimonio y las asociaciones libremente constituidas con fines lícitos, agrega el citado autor.

⁴¹ La autonomía en la fijación de las reglas que disciplinan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges encuentra, en la actualidad, mayores espacios de afirmación, y esto debido a una gradual y, al parecer, irreversible superación de la concepción publicista de la familia. Esta autonomía se plasma en el derecho de los cónyuges de elegir el régimen aplicable a su patrimonio en el curso de la vida en común (art. C.c.pe.; art. 159 C.c.it.) y en los casos de crisis de la relación familiar. Al respecto, v. AMAGLIANI. *Autonomia privata*. Cit., pp. 18 ss.; ANGELONI. *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*. Padova, 1997, pp. 121 ss.; ANELLI. «Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto patrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione sui conflitti coniugali)». En: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, vol. II, pp. 13 ss.; BARGELLI. «L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio». En: *Rivista critica del diritto privato*. 2001, n. 2-3, pp. 303 ss.; GALLO. *Contratto e buona fede*. Cit., pp. 40 ss.; PALMERI. *Il contenuto atipico dei negozi familiari*. Milano, 2001, pp. 28 ss.; FERRANDO. «Autonomia privata e rapporti familiari». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2003, n. 2, pp. 653 ss.

lícitos, de conciencia y de religión, de información, de creación intelectual, artística, técnica y científica, de elegir su lugar de residencia, etc.; pero no se encuentra una referencia directa a la autonomía privada que haga suponer que ya ha alcanzado rango constitucional⁴². El hecho que tengan expresa tutela constitucional algunas de las expresiones de la autonomía privada no implica que ésta también lo tenga por extensión. Constitucionalizar algunas especies no implica constitucionalizar el género.

Se puede decir, en efecto, que se ha instaurado una cierta tradición constitucional que considera innecesaria la incorporación de la autonomía privada entre los derechos fundamentales de la persona⁴³, que como tal tenga rango primario de protección. De esta tradición forma parte hoy también la Declaración de Niza sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reflejada en el Tratado de la Constitución Europea, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Esta Constitución, al igual que otras constituciones nacionales⁴⁴, tutela expresamente a la «libertad de empresa» (art. II-76), la cual es una de las expresiones de la autonomía privada en el ámbito económico; es decir, otorga cobertura constitucional a la libertad que tiene toda persona de iniciar o emprender una actividad económica⁴⁵. La libertad es para iniciar (de allí que

⁴² Cfr. CASTRONOVO. «Autonomia privata e costituzione». *Cit.*, p. 33; DAMIANI. «L'autonomia privata». *Cit.*, p. 26; VETTORI. «La disciplina generale del contratto». *Cit.*, p. 324. Según la doctrina más moderna y la misma Corte constitucional, las tutelas y los límites previstos por el art. 41 C.it. no van reducidas a la expresión más vistosa de la iniciativa económica privada que se realiza en la *empresa*, sino que vienen extendidas, más ampliamente, a la *autonomía del privado* y al instrumento que constituye su explicación. Ella, pues, encuentra no indirecta, como se dice, sino *directa* previsión y tutela en la Constitución, escribe BENEDETTI. «Negozio giuridico e iniziativa economica». *Cit.*, p. 316. Este parecer es compartido por MAZZAMUTO. «Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea». En: *Europa e diritto privato*. 2005, n. 1, p. 54. En la doctrina nacional, PUENTE Y LAVALLE estima, aunque no expresamente, que la autonomía privada tiene espacio en la Constitución, ya que reconoce, en el art. 2.24 C.pe., que toda persona tiene derecho a la libertad, cuya consecuencia es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esta es la noción de la libertad individual, que permite a las personas actuar según su arbitrio, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en un sentido muy general, la persona tiene libertad para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. Este es el concepto amplio de autonomía privada, concluye el recordado autor nacional (*El contrato en general*. *Cit.*, p. 198).

⁴³ Derechos fundamentales, materialmente, son los considerados como tales en la conciencia y en la cultura jurídica en la que se inserta el Estado constitucional, y fundamentales, formalmente, son los que vinculan al legislador y respecto de los cuales se concede tutela judicial, escribe CRUZ VILLALÓN. «Derechos fundamentales y legislación». En: *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid, 1999, pp. 235 ss.; citado por PAZ-ARES - ALFARO. «Ensayo sobre la libertad de empresa». En: AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid, 2003, tomo IV, p. 5978. Este trabajo puede verse en: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/libertad.pdf.

⁴⁴ Así, por ejemplo, la Constitución española, art. 38, la europea, art. II-76, y la peruana, art. 59; se refieren, por el contrario, a la libertad de iniciativa económica, la Constitución italiana, art. 41, y la de Portugal, art. 61.1.

⁴⁵ La libertad de empresa tiene sus orígenes históricos en la concepción liberal del Estado, que pregona de la absoluta autonomía de la iniciativa económica de la organización política, y comienza a posicionarse bajo la forma de *libertad de industria y comercio*. Cfr. MENÉNDEZ. «Autonomía económica liberal y codificación

los italianos hablen de libertad de *iniziativa economica*, sobre la base del art. 41 C.c.it.) o, mejor, para emprender (del italiano, *imprendere*) una actividad económica, no para desarrollar dicha actividad⁴⁶. La natural proclama de libertad mira al emprendimiento o iniciativa, no a la actividad económica misma⁴⁷; esto es, mira al derecho del sujeto a emprender una actividad económica en libertad, sin obstáculos o limitaciones, no a desarrollar una actividad económica en libertad, ya que en esta fase se deben tener presente tanto las limitaciones como las prescripciones legales. Así, se tendrá libertad para emprender una actividad bancaria, pero no para elegir el tipo societario para desarrollar dicha actividad, ya que el ordenamiento nacional prescribe, expresamente, el tipo social: sociedad anónima (art. 12 LGSF).

La libertad de empresa, en consecuencia, garantiza a las personas un ámbito de elección y actuación libre de injerencia estatal, y, al mismo tiempo, obliga al Estado a establecer las condiciones que aseguren el efectivo ejercicio del derecho de los particulares de emprender en libertad una actividad económica⁴⁸.

mercantil española». En: AA.VV. *Centenario del código de comercio*. Madrid, 1986, pp. 45 ss. En el tema de libertad de empresa, v. BROSETA PONT - MARTÍNEZ SANZ. *Manual de derecho mercantil*. Madrid, 2002, vol. I, p. 77; PAZ-ARES - ALFARO. «Ensayo sobre la libertad de empresa». *Cit.*, pp. 5971 ss.; SÁNCHEZ CALERO. *Principios de derecho mercantil*. Navarra, 2006, p. 52; VICENT CHULIÁ. *Introducción al derecho mercantil*. Valencia, 2001, p. 40. Respecto al tema de iniciativa económica, v. ALPA. *Manuale di diritto*. *Cit.*, pp. 996 ss.; BUONOCORE. «L'imprenditore in generale». En: BUONOCORE (coord.). *Manuale di diritto commerciale*. Torino, 2005, p. 48; FERRI. *Manuale di diritto commerciale*. Torino, 2006, pp. 13 ss.; GALGANO. *Trattato di diritto*. *Cit.*, vol. III, p. 207 ss.; OPPO. *Principi*. En: BUONOCORE (dir.). *Trattato di diritto commerciale*. Torino, 2001, Sez. I, t. 1, pp. 7 ss.; SCOGNAMIGLIO. «Negozio giuridico autonomia privata». *Cit.*, pp. 302 ss.; TORRENTE - SCHLESINGER. *Manuale di diritto*. *Cit.*, pp. 851 ss.; VETTORI. *Diritto dei contratti*. *Cit.*, p. 67 ss.

⁴⁶ El concepto de iniciativa económica o, si se agrega el extremo de la profesionalidad, aquel de empresa significa, en su más amplia acepción, la actividad del que utiliza la riqueza para producir nueva riqueza (y es actividad productiva, en este sentido lato, también la actividad distributiva, toda vez que aumenta la utilidad de los bienes preexistentes). La libertad que el art. 41.1 de la Constitución reconoce a los particulares es, por lo tanto, libertad de los particulares de organizar la actividad productiva y disponer de los recursos naturales y humanos; y es también libertad de decidir qué, cuánto, cómo y dónde producir. En suma, libertad de iniciativa económica privada es tanto aquella libertad, reconocida a los particulares, de desarrollar aquella específica función económica, que es denominada función empresarial, como aquella libertad del ejercicio, de la cual se desprende la propia existencia de un grupo social, conocida como clase empresarial, cuyas motivaciones, histórica y actualmente, se muestran en conflicto con aquellas de la clase propietaria, explica GALGANO. *Trattato di diritto*. *Cit.*, vol. III, p. 208 ss.

⁴⁷ Recuerda ALPA que en la doctrina italiana se discute si libertad de iniciativa implica también libertad de ejercicio de una actividad económica. La interpretación prevalente del art. 41 C.it. es aquella interpretación restrictiva, en el sentido que la proclamación de la libertad mira no la actividad, sino la iniciativa económica: esto para significar que la libertad de empresa no comporta *per se* también libertad de desarrollo; es decir, la ausencia de obstáculos, límites y prescripciones. De aquí la profunda diferencia que se debe trazar entre la disciplina de las libertades individuales y la disciplina de la empresa y de la propiedad en la Constitución (*Manuale di diritto*. *Cit.*, pp. 996 ss.).

⁴⁸ Cfr. PAZ-ARES - ALFARO. «Ensayo sobre la libertad de empresa». *Cit.*, p. 5973. En opinión de estos autores, el mandato contenido en la libertad de empresa obliga al Estado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas de los particulares, de la forma menos reglamentada posible; esto es, impone al Estado la obligación de maximizar la libertad de actividad de los particulares en el ámbito económico, haciéndola compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que pueden entrar en conflicto con ella.

Decir, finalmente, que la tutela constitucional de la autonomía privada es una propuesta ciertamente posible, desde un punto de vista teórico, como oportuna, desde el punto de vista práctico, ya que permitiría completar el cuadro de las libertades patrimoniales y expresar su más amplia connotación con la persona. La tutela a la autonomía privada significaría el reconocimiento constitucional al poder de los privados de regular sus propios intereses, no la enfatización del poder del privado sobre el privado. La autonomía no evoca el poder de uno sobre otro, sino el poder de ambos sujetos para regular, en libertad, sus propias relaciones jurídicas. Teniendo claro esto, la posibilidad que la autonomía pueda desprender un cierto aroma de aval para que una de las partes, aquella más fuerte, pueda utilizarla para dañar la autonomía de la otra parte se desvanece⁴⁹, pues no tiene sustento alguno.

6. AUTONOMÍA CONTRACTUAL

La autonomía privada riega todas las zonas del derecho; los contratos reciben su cuota de riego a través del cauce de la autonomía contractual⁵⁰, la que, como arquetipo de un «natural» señorío del individuo sobre la propia esfera de determinación, ha constituido más el resultado de una revolución política antes que la afirmación de una tendencia cultural. Una revolución determinada por el desarrollo de un capitalismo en el que el mercado ha dejado de ser entendido como el lugar donde se realizan los intercambios, para ser concebido como una verdadera y propia dimensión agregativa, en el que las políticas de protección pública se dirigen siempre más sobre el individuo, visto como sujeto «activo» para alcanzar su propio bienestar, antes que como objetivo «pasivo» de la redistribución⁵¹.

⁴⁹ Cfr. CASTRONOVO. «Autonomia privata e costituzione». *Cit.*, p. 39.

⁵⁰ La autonomía contractual es una especificación de la autonomía privada, la cual se explica en todos los sectores en que opera la actividad humana, resultando relevantes para el derecho, como la actividad comercial, las relaciones familiares, las relaciones sucesorias, etc. En el sector propio de las relaciones económicas, la autonomía contractual representa el modo en que se explica, en la conclusión de negocios, la libertad económica. A tenor de esto, más allá de la disciplina del código civil, que reconoce esta autonomía (art. 1322 C.c.it.), el ordenamiento italiano asegura a los privados una tutela más fuerte; es decir, de rango superior a aquel del código, de rango superior, en otros términos, a la ley ordinaria, escribe ALPA. «Il contratto». En: BESSONE (coord.). *Istituzioni di diritto privato*. Torino, 2001, p. 546. Sobre la presencia de esta institución en otros sectores, v. BENEDETTI. «L'autonomia contrattuale e il suo statuto». En: BELVEDERE - GRANELLI. *Confini attuali dell'autonomia privata*. *Cit.*, pp. 129 ss.; CRISCUOLI. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli, 2008; GALGANO. *Trattato di diritto*. *Cit.*, vol. III, pp. 209 ss.; MACARIO. «Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale - Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele». En: *Rivista delle società*. 2008, n. 1, pp. 125 ss.; MINUTOLI. «L'autonomia privata». *Cit.*, pp. 1048 ss.; PERLINGIERI. «Autonomia privata e diritti di credito». *Cit.*, pp. 98 ss.; ROPPO. «Profili strutturale e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione di debiti d'impresa)». En: *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*. 2008, n. 2, pp. 368 ss.; SMORTO. «Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica». En: *I contratti*. 2008, n. 7, pp. 723 ss.

⁵¹ Cfr. PANETTI. «Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo». En: *Rivista di diritto civile*. 2007, n. 4, p. 517 ss.

En la doctrina italiana se propone una clasificación de la autonomía privada fundada sobre los medios que utiliza para expresarse. Se habla así de autonomía negocial y de autonomía contractual, destacando la existencia de una relación de género a especie que vincula el negocio (*genus*) al contrato (*species*). La autonomía se manifiesta con el cumplimiento, en la primera hipótesis, de un negocio, cualquiera sea la conformación estructural y el contenido; en la segunda, con la estipulación de aquel tipo negocial más difundido, como es el contrato, caracterizado por la pluralidad de partes y por la patrimonialidad del contenido (art. 1321 C.c.it.; art. 1351 C.c.pe.). El primero acoge una vasta gama de manifestaciones de la autonomía, ya que se refiere no solo a los negocios bilaterales o plurilaterales de contenido patrimonial, propios del segundo, sino también a aquellos, no menos importantes, de estructura unilateral y de contenido no patrimonial⁵². En esta clasificación se identifica autonomía negocial con autonomía privada, pues ésta como aquella se pone en práctica a través de actos jurídicos queridos por las partes, importando poco que tengan o no contenido patrimonial.

7. AUTONOMÍA CONTRACTUAL: LIBERTADES

La autonomía contractual, denominada libertad contractual por un sector doctrinal⁵³, plasma aquella posibilidad que tienen las partes de desarrollar

⁵² Cfr. PERLINGIERI - DONISI. «Autonomia negoziale». *Cit.*, p. 340. La autonomía negocial puede ser descrita como el poder reconocido o atribuido por el ordenamiento al sujeto de derecho, privado o público, de regular con propias manifestaciones de voluntad intereses privados o públicos, no necesariamente propios, concluyen los citados autores.

⁵³ Cfr. BARCELONA. «Libertà contrattuale». En: *Enciclopedia del diritto*. Milano, 1974, vol. XXIV, pp. 487 ss.; COLOMBI. «La libertà contrattuale come diritto fondamentale dell'UE». En: *Obbligazioni e contratti*. 2010, n. 2, p. 136 ss. La libertad contractual, escribe ALPA, tiene diversos contenidos, consistiendo en la decisión de: celebrar o no el contrato; elegir el otro contratante; elegir la figura jurídica, la vestimenta o tipo del contrato; elegir el contenido del contrato; elegir la forma del contrato, cuando ella no es vinculada; elegir el modo de transmitir la declaración contractual, y elegir la modalidad de conclusión del contrato (*Corso di diritto*. *Cit.*, p. 18; *Ibid. Manuale di diritto*. *Cit.*, p. 570). Por su lado, GHESTIN señala que la *liberté contractuelle*, que se manifiesta al momento de la formación del contrato, está conformada por una triple facultad: *contracter ou non, choisir la personne du contractant, déterminer librement (mais en accord avec l'autre partie) les clauses du contrat* [*Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, Paris, 1988, t. 2, p. 28]. De libertad contractual también habla GALGANO en sus tradicionales publicaciones (*Diritto civile e commerciale*. Padova, 2004, vol. II, t. 1, p. 170; *Ibid. Il contratto*. *Cit.*, p. 37); pero en una reciente obra ha cambiado un tanto de parecer, pues indica que para definir aquel rol de la voluntad de las partes para crear, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial se habla de libertad o autonomía contractual. Más convencido se muestra ahora por aquella de autonomía contractual; así lo deja claro al utilizar esta denominación en uno de sus numerales (*Trattato di diritto*. *Cit.*, p. 161). En esta misma línea, DI MARZIO. «Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti dei consumatori». En: *Contratto e impresa*. 2006, n. 3, pp. 674 ss.; GARCÍA AMIGO. *Lecciones de derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid, 1995, pp. 127 ss.; LEONARDI - ANDRIETTA. «A liberdade contratual nas operações econômicas em mercados: a experiência brasileira no controle extrajudicial das cláusulas contratuais gerais». En: *Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo*. 2008, n. 14, pp. 163 ss.; RESCIGNO. «I contratti in generale». En: ZOPPINI (coord.). *Il contratto in generale*. En: LIPARI - RESCIGNO. *Diritto civile*. Milano, 2009, vol. III, t. II, pp. 24 ss.

su propia voluntad, su querer, su libertad jurídica de contratar, cuando y como quieran, aunque siempre respetando los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico. Esta autonomía se manifiesta, tradicionalmente, a través de dos libertades⁵⁴; en las últimas décadas, sin embargo, se han agregado otras dos, no faltando nuevas propuestas tanto de libertades como de formas de manifestación de la autonomía contractual⁵⁵. Veamos las cuatro principales libertades:

a) «Libertad de contratar», que permite a las partes decidir con quién y cuándo contratar, o, como dicen otros, de concluir o no el contrato⁵⁶. Se contrata porque

⁵⁴ Cfr. ALTERINI – LÓPEZ CABANA. *La autonomía de la voluntad*. Cit., p. 14; GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. Cit., p. 782; LARROUMET. *Teoría general del contrato*. Santa Fe de Bogotá, 1993, vol. I, p. 108; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. Cit., pp. 199 ss.; ROPPO. «Contratto». Cit., p. 134; TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto*. Cit., p. 151; WEILL – TERRÉ. *Droit civil*. Cit., p. 67.

⁵⁵ En opinión de GALGANO, la libertad o autonomía contractual se manifiesta en un doble aspecto: uno negativo y otro positivo. Libertad o autonomía contractual significa, en sentido negativo, que nadie puede ser despojado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros contra o independientemente de su propia voluntad. Cada uno no obedece, en línea de principio, más que a su propia voluntad; es decir, no puede ser vinculado, si la ley no lo permite, por la voluntad de otros. Este significado negativo de autonomía contractual está presente en el concepto general de contrato: el acuerdo de las partes vale para constituir, regular o extinguir «entre ellos» una relación jurídica patrimonial (art. 1321 C.c.it.). El contrato no vincula más que al que ha participado en el acuerdo, ha expresado su propio consentimiento para la constitución, regulación o extinción de una relación patrimonial. El principio es confirmado sucesivamente: «el contrato no produce efectos respecto a terceros sino en los casos previstos por la ley» (art. 1372 C.c.it.). Libertad o autonomía contractual significa, en sentido positivo, que las partes pueden, con un propio acto de voluntad, constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales; es decir, que ellos pueden disponer de sus propios bienes y pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros. En este último significado, la autonomía contractual se manifiesta en varias formas: 1) libertad de elección, según las finalidades previstas por los sujetos privados, entre diversos tipos de contratos establecidos por ley; 2) libertad de determinar, dentro de los límites impuestos por la ley, el contenido del contrato (art. 1322.1 C.c.it.); 3) libertad de concluir contratos atípicos o innominados; esto es, contratos no correspondientes a los tipos contractuales previstos por el código civil o por otras leyes, pero ideados y practicados en el mundo de los negocios. Bajo este aspecto, la libertad contractual asume un doble significado: es libertad de perseguir finalidades diversas de aquellas perseguidas con los contratos típicos; pero es también libertad de perseguir con modalidades contractuales atípicas finalidades ya perseguidas con contratos típicos. 4) Libertad de utilizar contratos típicos para realizar finalidades atípicas, como en los casos de los contratos fiduciario e indirecto, o bien de combinar varias figuras contractuales, típicas o atípicas, para realizar, como en el caso de los contratos coligados, intereses ulteriores o diversos de aquellos subyacentes en cada contrato, aisladamente, concluye el citado autor [*Il contratto*. Cit., pp. 35 ss.; *Ibid. Trattato di diritto*. Cit., pp. 161 ss.].

⁵⁶ Unos prefieren hablar de libertad de concluir o no un contrato: v. GALLO. *Diritto privato*. Cit., p. 367; GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. Cit., p. 782; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. Cit., p. 206; TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto*. Cit., p. 166; otros, en cambio, de realizar o no un contrato: v. ALPA. *Corso di diritto*. Cit., p. 18; *Ibid. Manuale di diritto*. Cit., p. 570. La realidad enseña, sin embargo, que los sujetos, en un buen número de casos, no se encuentran en libertad de contratar, sino que están obligados a hacerlo, bien por voluntad de las partes o por la ley. Ejemplos del primer caso son el compromiso de contratar y el mandato sin representación: en el primero se está obligado a celebrar el contrato definitivo (art. 1414 C.c.pe.) y en el segundo se está obligado a retransferir los bienes adquiridos en ejecución del mandato (art. 1810 C.c.pe.; art. 1706 C.c.it.). Ejemplos del segundo, en el que la ley obliga a celebrar, son los contratos impuestos (seguros obligatorios para vehículos) y los contratos concluidos por empresas que detentan el monopolio legal, o de hecho, de un determinado servicio. En estos casos, la empresa no podrá ejercitar su derecho de elegir con quien contratar; es decir, no podrá negarse a contratar con cualquier persona que solicite sus servicios o sus bienes. La libertad de elección del otro contratante está, pues, limitada, apunta ALPA. *Corso di diritto*. Cit., p. 19.

se quiere y se hace con la persona que se quiere. El contrato no se impone a las partes, se ejecuta en beneficio de ellas; por ende, no debe perjudicar a una y beneficiar a la otra. Ahora, si se diera esta hipótesis, la parte perjudicada puede solicitar al juez la anulación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, para lo cual deberá cumplir con algunos requisitos (art. 3.10.1 PU; art. 4:109 PDEC). La Constitución de 1993 contempla, expresamente, la libertad de contratar en el art. 62, aunque con un contenido que deja traslucir el poco conocimiento de los señores constituyentes del derecho contractual, ya que con dicha norma se otorga amparo constitucional a la libertad contractual⁵⁷, como veremos a continuación.

b) «Libertad contractual», que reconoce el derecho a las partes contratantes de elaborar el contenido contractual, denominado también reglamento negocial, dentro de los límites impuestos tanto por la ley como por las buenas costumbres⁵⁸. Esta libertad se identifica con la página blanca en la que las partes escriben la *lex privata* destinada a regular sus relaciones recíprocas⁵⁹.

Esta libertad, de gran suceso en la contratación tradicional y tutelada por el ordenamiento (art. 1354 C.c.pe.), en las últimas décadas se muestra muy deslucida, pues las empresas predisponen, usualmente, todo el contenido contractual y la otra parte simplemente tiene que adherirse si quiere contratar el bien o el servicio (contrato por adhesión), o parte del mismo, permitiendo modificar o agregar otras cláusulas (contratación a cláusulas generales). En estos casos es comprensible la intervención del legislador, particularmente comunitario, para predisponer una disciplina en protección de la parte adherente (consumidor o usuario), particularmente cuando dichos reglamentos predisuestos contienen cláusulas calificadas como abusivas⁶⁰.

c) «Libertad de elección», que permite a las partes elegir el tipo contractual entre los ofrecidos bien por las leyes - códigos civiles, de comercio, leyes

⁵⁷ La citada norma reza: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. [...]».

⁵⁸ Esto significa que las partes tienen el derecho de elaborar, libremente, las cláusulas que regularan su relación jurídica; es decir, pueden establecer, por ejemplo, en un contrato de compraventa, el precio, las formas de pago y de entrega de los bienes, las garantías, las obligaciones que asumen cada una de ellas, etc. Cfr. ALPA. *Corso di diritto*. Cit., p. 18; *Ibid. Manuale di diritto*. Cit., p. 570; GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. Cit., p. 786; TORRENTE - SCHLESINGER. *Manuale di diritto*. Cit., p. 451; TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto*. Cit., p. 166.

⁵⁹ Cfr. ZOPPINI. «Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza». En: ZOPPINI (coord.). *Il contratto in generale*. Cit., p. 60.

⁶⁰ La protección de los consumidores deviene parte importante de las políticas de gobierno de los mercados en las sociedades occidentales a partir de la década del cincuenta de pasado siglo y encuentra su máxima expresión en Europa con la acción del legislador comunitario, que ha elaborado una frondosa legislación sobre el tema. Cfr. SMORTO. «Autonomia contrattuale». Cit., p. 723.

generales, leyes especiales o convenciones internacionales, como la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 1980⁶¹ – o bien por la práctica negocial⁶². Si se elige un contrato del primer racimo, se tendrá uno con tipicidad legal; si se elige del segundo, en cambio, se tendrá un contrato con tipicidad social.

d) «Libertad de creación», que faculta a las partes a crear, libremente, otros tipos contractuales cuando ninguno de los ofrecidos por la ley y el mercado responde a sus necesidades⁶³. Se plasma aquí, claramente, la función creativa y normativa de la autonomía privada⁶⁴. Esta libertad, indudablemente, ha sido muy bien aprovechada por los operadores económicos, que han creado instituciones contractuales a su medida y necesidad. Basta mirar la cantidad de nuevos contratos que, aun cuando originados en el *common law*, se han posicionado pronto en el mercado del *civil law*, no necesitando para ello la intervención del legislador nacional o comunitario. Se crean en libertad y se deben mantener en libertad, toda vez que estos contratos necesitan de esa libertad para su continua adaptación a nuevos tiempos.

Sobre la base de esta libertad, se ha creado, en el laboratorio de la ingeniería financiera, un contrato que expresa, mejor que cualquier otro, la fase de la

⁶¹ Dentro del denominado Derecho uniforme del comercio internacional (DUCI), la Convención de Viena (CV) es la que mayor éxito ha alcanzado, toda vez que hasta el presente año son parte de ella 71 Estados, bien por ratificación o por adhesión. Nuestro país se ha adherido el 22 de febrero de 1999, ha depositado el instrumento de adhesión el 23 de marzo, y está en vigencia desde el 1 de abril del 2000. El estado actual de dicha Convención puede verse en el portal de UNCITRAL: [<http://www.uncitral.org>]. Al respecto, v. LEYVA SAAVEDRA. «Ambito de aplicación de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías». En: *Vniversitas*. 2002, n. 103, pp. 297 ss.

⁶² Las partes son libres para elegir del tipo contractual que responda a sus intereses (art. 1322 C.c.it.); pueden elegir de los que ofrecen los códigos (civiles, comerciales u otros), las leyes (generales o especiales) o, simplemente, el mercado (los denominados típicos socialmente: *outsourcing*, *sponsoring*, *merchandising*, *catering*, etc.). Muchos de los modernos contratos han sido ideados por los hombres de negocios y luego puestos en el mercado para la utilización por sus pares; pero esto no queda allí, pues ellos siguen creando, incesantemente, nuevas figuras contractuales, las que vienen destinadas a vivir como contratos atípicos ya con alguna posición en el mercado, lo que les permite su continua evolución en correspondencia con el desarrollo económico. Cfr. GALGANO. *Il contratto*. Cit., pp. 36 ss.; *Ibid.*, *Trattato di diritto*. Cit., pp. 163 ss.

⁶³ Indudablemente, si las partes no encuentran respuesta a sus intereses en ninguno de los tipos ofrecidos por el ordenamiento o el mercado, pueden echar mano a su inventiva y crear un tipo contractual propio, que ofrezca el ropaje jurídico a la operación económica o financiera que tienen proyectado, pero cuidando no rozar con las limitaciones legales; es decir, con las normas de orden público y de buenas costumbres. En algunos sectores, esta libertad creativa no tiene espacio, puesto que en ellos no es posible recurrir a contratos distintos de los disciplinados por la ley: es el caso de los contratos de sociedad, que deben constituir solo los tipos societarios indicados por la Ley general de sociedades (Ley 26887, de 5 de diciembre de 1997), y el caso de los contratos agrarios en ordenamiento italiano, regulados por la Ley 756, de 15 de septiembre de 1964. Cfr. ALPA *Corso di diritto*. Cit., p. 19; *Ibid.* *Manuale di diritto*. Cit., p. 571.

⁶⁴ En este sentido, TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto*. Cit., p. 167. Según este autor, no se trata de proteger el capricho individual, sino de dejar en libertad a los particulares para que encuentren ellos mismos los mejores medios para la puesta en práctica de sus iniciativas.

estructuración contractual; nos referimos a la *securitization*, denominada titulización de activos por la ley nacional⁶⁵. Este contrato es el más fino exponente de la sofisticación contractual; es el contrato probeta que hace funcionar la alquimia financiera⁶⁶; que permite, a los grupos empresariales, obtener financiamiento en los mercados de valores a través de la colocación de sus *asset-backed securities*.

Finalmente, decir que con las indicadas libertades, la autonomía contractual permite a cada una de las partes elegir con quién, cuándo, cómo y con qué contratar. A estas libertades, un sector doctrinal estima que hay que incorporar la «libertad de determinar la forma de futuros contratos», dando vida a las denominadas formas convencionales o pactadas, y la «libertad de elegir una forma desmaterializada», constituida por impulsos electrónicos (forma electrónica), en lugar de la forma tradicional, que utiliza la escritura sobre soporte papel⁶⁷.

8. PROPUESTA DE NUEVAS LIBERTADES

En los últimos años, como remozamiento a las ya estudiadas libertades, se promueve y se trata de posicionar, con poco éxito todavía, otras libertades, las que podemos resumirlas en las siguientes:

«Libertad de elegir la estructura negocial», entendida, en principio, como el poder reconocido a los sujetos de disponer, para la realización de una idéntica finalidad, una doble opción: elegir entre una estructura contractual y una estructura negocial unilateral, o elegir entre diversas estructuras contractuales; y como el poder de incidir sobre la eficacia contractual, entendido como posibilidad de disociar el momento de perfección del contrato de aquel de

⁶⁵ Un amplio tratamiento de esta figura, en: ALMOGUERA. *La titulización crediticia (Un estudio interdisciplinar)*. Madrid, 1995; ALEGRÍA. «Securitización». En: *Contratos bancarios*. En: *Revista de derecho privado y comunitario*. 2005, n. 3, p. 293 ss.; CAROTA. «La cartolarizzazione dei crediti». En: GABRIELLI - LENER (coords.). *I contratti del mercato finanziario*. En: RESCIGNO - GABRIELLI (dirs.). *Trattato dei contratti*. Cit., 2004, vol. 2, t. I, pp. 211 ss.; CASTILLA. *Titulización de créditos*. Madrid, 2002; GIOVANDO. *La cartolarizzazione dei crediti*. Torino, 2006; LA TORRE. *Securitisation e banca. Le titolarizzazione degli attivi bancari*. Bologna, 1995; LEYVA SAAVEDRA. «Securitización de activos». En: *Revista jurídica del Perú*. 2001, n. 19, p. 122; *Ibid.* «Securitización: función y ventajas». En: *Revista de derecho y ciencia política*. 2003, vol. 60, n. 1, t. I, pp. 98 ss.; *Ibid.* *Contratos de financiamiento*. En: *Tratado de derecho privado*. Lima, 2004, vol. II, pp. 231 ss.; PAYÁ PUYADO. *Régimen legal de la titulización*. Valencia, 2002; VITALE. *Il regime giuridico delle operazioni internazionali di securitization*. Padova, 1999.

⁶⁶ Al respecto, v. SCHWARCZ. «The Alchemy of Asset Securitization». En: *Stanford journal of law, business & finance*, 1994, n. 1, p. 134; *Ibid.* «La alquimia de la securitización de activos». En: *Thémis*. 2000, n. 40, p. 114; LEYVA SAAVEDRA. *Contratos de financiamiento*. Cit., p. 234.

⁶⁷ Son de esta idea: PERLINGIERI - DONISI. «Le clasiche libertà contrattuali». Cit., p. 350; LORENZETTI. *Tratado de los contratos*. Cit., p. 127.

la eficacia del mismo (incluyendo, por ejemplo, una condición suspensiva o resolutoria), y como libertad de desviar los efectos contractuales de la esfera jurídica de los naturales destinatarios (contrato a favor de terceros).

«Libertad denominada sancionadora», que consiste en el poder de las partes de crear sanciones contractuales; es decir, medidas punitivas dirigidas a sancionar la violación de reglas de conducta de carácter negocial (cláusulas penales, sanciones disciplinarias establecidas en los estatutos de las asociaciones y de las sociedades).

«Libertad de sustraerse al derecho», que debería dar lugar a reglamentos de intereses destinados, por voluntad de las partes, a ser vinculantes sobre el plano del honor, la corrección y la lealtad (así, por ejemplo, el *engagement d'honneur* de los franceses, el pacto de caballeros de los españoles, y el *gentlemen's agreement* de los ingleses)⁶⁸.

A las indicadas libertades, una doctrina propone adicionar otra que tiene que ver con las técnicas procedimentales para alcanzar el acuerdo. Cabe, entonces, una pregunta: ¿el ordenamiento jurídico reconoce a la autonomía privada el poder de crear no solo tipos contractuales, sino también procedimientos atípicos? Este sector doctrinal responde positivamente, pues estima que a la iniciativa privada es reservada, además de la composición del contenido y la creación de tipos contractuales, el poder no solo de conformación *endoprocedimental* (cfr. arts. 1326, 1327, 1329 C.c.it.), sino también, y aquí la importante novedad, de crear nuevos procedimientos formativos del acuerdo contractual⁶⁹. En esta línea, las partes podrán apartarse de la disciplina de formación del contrato contenida en el código y, por ejemplo, considerar celebrado el contrato una vez que la aceptación sea simplemente emitida, no esperando que llegue al domicilio del oferente para su conocimiento, como lo dispone el art. 1373 C.c.pe. y el art. 1326.1 C.c.it. Esta libertad encuentra, indudablemente, su límite en determinados contratos, particularmente en aquellos que anteponen el interés público al privado⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. PERLINGIERI - DONISI. «Altre libertà contrattuali». En: PERLINGIERI. *Manuale di diritto*. Cit., pp. 351 ss. Recuerdan estos autores que, en efecto, se duda que los sujetos puedan disponer de la relevancia jurídica de los actos de autonomía.

⁶⁹ Cfr. BENEDETTI. «La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti». En: *Europa e diritto privato*. 2005, n. 2, pp. 322 ss.; *Ibid.*, *Dal contratto al negozio unilaterale*. Milano, 1969, pp. 35 ss. Reconoce este autor que la cuestión es delicada por que va considerada «alla stregua del criterio secondo il quale deve porsi una *fondamentale ripartizione di competenze* tra ciò che spetta all'*autorità della legge* e ciò che spetta alla *libertà del privato*».

⁷⁰ Cfr. ALPA. «Il contratto». *Cit.*, pp. 547 ss. Recuerda este autor que para determinadas categorías de contratos, subsistiendo un interés público que se sobrepone al interés de las partes, la ley puede establecer una

9. AUTONOMÍA CONTRACTUAL: LÍMITES

Como indicáramos [*supra*, n. 2], los límites, desde sus orígenes, tienen como destinataria a la libertad contractual, no a la autonomía contractual. De manera expresa, los límites a dicha libertad están establecidos en los arts. 1255 C.c.es., 1343 C.c.it. y 1354 C.c.pe. Este último, por ejemplo, dispone que «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo». Ahora, si el acto jurídico contraviene a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, éste es nulo, a tenor del art. V, del Título Preliminar del Código civil. La Constitución Política cuenta también con una norma que encaja dentro de esta limitación, aunque referida a la libertad de contratar (art. 2.14). Los límites considerados en los citados instrumentos legales tienen su razón de ser en la naturaleza imperativa de las normas, dentro de las que espacio tiene tanto las normas que interesan al orden público como a las buenas costumbres, toda vez que la infracción a cualquiera de ellas viene sancionada con nulidad por su ilicitud, precisamente.

El actual Código civil brasileño propone un criterio distinto de limitación de la libertad de contratar: la función social del contrato. Según el art. 421 C.c.br., «la liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato». Según REALE, supervisor y coordinador de la «Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil», uno de los puntos más altos del nuevo código está precisamente en este dispositivo, cuya base es la Constitución de 1988, que en el art. 5, incisos XXII y XXIII, señala que el derecho de propiedad «atenderá a sua função social». La extensión de esta función al contrato viene justificada porque «la conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade». El contrato no puede ser transformado en un instrumento al servicio de una parte para la comisión de una serie de abusos, que ocasione daños tanto a la contraparte como a terceros. Es natural, por ende, que se atribuya al contrato una función social a fin que de que sea concluido y ejecutado en beneficio de las partes contratantes, sin entrar en conflicto con el interés público⁷¹. La

disciplina de formación del contrato que no puede ser modificada por las partes; es el caso, por ejemplo, de la contratación con instituciones públicas, tanto para construcción de obras como para la prestación de servicios.

⁷¹ «Função social do contrato». En: *Artigos*; Em: [<http://www.miguelreale.com.br/>]. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária. É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia, concluye el recordado maestro brasileño.

función social, además, cumple con unos de los propósitos del legislador: aproximar a la legislación a los significativos cambios sociales y económicos operados en el país⁷².

10. AUTONOMÍA CONTRACTUAL Y CONSTITUCIÓN

La situación de la autonomía contractual en sede constitucional es la misma que presenta la autonomía privada; es decir, no está específicamente garantizada ni en la constitución peruana ni en la italiana⁷³, a diferencia de la Constitución de Weimar de 1919, que expresamente la tutela en el § 152, y de la Constitución de Bonn, que la garantiza de forma implícita en el art. 2.1. La indicada expresa previsión, no obstante, tenía poco valor, ya que dichas normas eran consideradas meramente programáticas⁷⁴.

La idea de incluirla, de manera expresa, como una de las garantías fundamentales de la persona no ha calado entre los redactores de las constituciones, y ello debido, algunas veces, tanto a razones exegéticas como a razones histórico-ideológicas⁷⁵. Pero, realmente, ¿su inclusión cambiaría en algo las cosas? Creemos que no; simplemente tendríamos una Constitución que otorgaría rango constitucional a una de las más importantes y naturales instituciones del ser humano, como es su autonomía contractual, que lo hace protagonista de su propia vida negocial. El depositario sería el mismo art.

⁷² Cfr. REALE. *História do novo código civil*. Sao Paulo, 2005, p. 38. Se han formulado algunas críticas a esta norma, pero no han pasado de ser simples observaciones semánticas antes que jurídicas. Al respecto, v. MIRAGEN. «Função do contrato». *Cit.*, p. 205.

⁷³ Una tendencia de la Corte constitucional italiana estima que la autonomía contractual se encuentra tutelada en el art. 41 del texto constitucional, que reconoce y garantiza la libertad de iniciativa económica privada. Se trata, sin embargo, de una tutela indirecta, en cuanto no prevista específicamente, aunque vinculada a los valores (iniciativa privada, propiedad privada, etc.) que la constitución protege, escribe ALPA. «Il contratto». *Cit.*, p. 546; *Ibid. Corso di diritto*. *Cit.*, p. 286. De este parecer también es MENGONI. «Autonomia privata e costituzione». *Cit.*, p. 2. GARCÍA AMIGO, en tanto estima que la libertad contractual, no la autonomía contractual, es la institucionalización jurídico-civil de la libertad de empresa o, si se quiere, de la iniciativa privada. Incluso, en un sentido más amplio, del principio de libre desarrollo de la personalidad (*Lecciones de derecho*. *Cit.*, p. 130).

⁷⁴ Cfr. ALPA. *Corso di diritto*. *Cit.*, p. 287. Recuerda este autor que si bien la Constitución de Bonn de 1949 no menciona, expresamente, la libertad contractual, ello no ha sido obstáculo para que la doctrina privatista le haya asignado un rol relevante, al igual que a la autonomía privada. Son varias las normas que encuentran coligadas con la autonomía contractual, como la garantía de la propiedad (§ 14), la libertad de trabajo (§ 12), la libertad de asociación (§ 9) y la cláusula general de protección a la persona (§ 2). En atención a estas y otras normas, la prevalente doctrina alemana considera que la autonomía contractual, aunque de manera indirecta, tiene cobertura constitucional (*Op. Cit.*, p. 288).

⁷⁵ Cfr. RESCIGNO. «Contratto». *Cit.*, p. 11; *Ibid.* «Premessa», *cit.*, p. XLVIII. Según MENGONI, las razones histórico-ideológicas que explican la falta de consuetudinización de la libertad del contrato «como tal» se coligan a la tradicional escasa propensión del legislador italiano a considerar, en línea de principio, la intervención pública en la economía en el ámbito de las funciones de control y regulación del mercado. La ideología dominante en la Asamblea constituyente elegida en 1946 no tenía una orientación liberal («Autonomia privata e costituzione». *Cit.*, p. 2).

62, pues se sustituiría el término libertad de contratar por el de autonomía contractual, toda vez que éste dice más que aquél, como hemos visto [*supra*, n. 7].

El texto podría ser el siguiente: “El Estado garantiza la autonomía contractual, la que se ejercerá dentro de los límites impuestos por las normas de orden público y buenas costumbres”.

11. LA DENOMINADA LIBERTAD CONTRACTUAL SUSTANCIAL

Desde la zona euro comparatista viene propuesta una nueva libertad contractual, calificada como sustancial para diferenciarla de la formal. Esta postura implica la necesidad de prevenir y eliminar los perjuicios que un contrato inicuo cauce a una parte contratante, que solo formalmente es libre de concluirlo en tales condiciones, toda vez que sustancialmente no lo es. Aquí la protección de la parte débil de la relación contractual coincide, pues, con la defensa de la libertad contractual en sentido sustancial.

Esta concepción sustancial, se piensa, ha superado el estadio teórico de la libertad contractual, habiendo sido admitida en Alemania por la Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), la que en dos famosas sentencias, referidas a contratos de agencia (1990) y fianza (1993), sentó el principio según el cual la autonomía privada se funda sobre el principio de autodeterminación y para una tutela efectiva de ésta se requiere de la subsistencia de las mínimas condiciones para su ejercicio. El contrato predispuesto por la parte fuerte con evidente desproporción no es para la parte débil un acto de autonomía, sino de heteronomía. En tal caso, si el legislador se abstiene de dictar normas imperativas para tutelar a la parte débil, los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de intervenir y tutelar los derechos fundamentales de esta parte contratante corrigiendo el contenido contractual, mediante la aplicación de las cláusulas generales del derecho civil, por ejemplo, los principios de buena fe y buenas costumbres⁷⁶.

⁷⁶ Cfr. COLOMBI. «La libertà contrattuale come diritto fondamentale dell'UE». *Cit.*, pp. 137 ss.