

# CONTROLES PÚBLICOS Y TRÁFICOS PRIVADOS

Luis Díez-Picazo

Catedrático emérito  
Presidente de la Sección Primera (Civil) de la Comisión General de  
Codificación

1.— El título que estas líneas reciben (que se debe a la iniciativa de los organizadores del correspondiente número de la revista) nos sitúa seguramente en un punto conflictivo y exige por ello plantearse la cuestión como un problema. El punto conflictivo es la posible zona de fricción entre las facultades o poderes de los privados y las potestades que tengan en determinados momentos respecto de lo que aquellos hagan los entes públicos. La necesidad de despejar los interrogantes exige encontrar fundamentos, no sólo legales, sino también constitucionales, y decidir la amplitud que unos y otros pueden y deben recibir.

El punto de partida se puede encontrar en algunas reflexiones que realicé en una reunión que tuvo lugar en el Senado de nuestro país en el año 1994, organizada por Antonio López Pina, cuyo nombre campea en la recopilación de los trabajos en que el encuentro se concretó (vid: A. López Pina, “*Democracia representativa y parlamentarismo*”, Madrid, 1994).

Me planteé en aquel lugar, desde el punto de vista de las fuentes y del Derecho público, un tema que, probablemente, en el Derecho privado podía considerarse desde antiguo como un tema manido. Y lo llamé, con el fin de propiciar el equivoco para luego desvanecerlo, la potestad normativa privada o la potestad normativa de los privados, señalando que es una realidad indiscutible en todos los sistemas jurídicos y políticos en que no se produzca una intervención absolutamente cerrada

de los poderes públicos, de manera que estos regulen todos los aspectos de las operaciones y de las actividades económicas, lo que, aproximadamente, desde el punto de vista histórico solo se ha producido en los llamados países del socialismo real que subsistieron entre 1945 y 1998.

Señalé también en aquel lugar que, en términos generales, se puede denominar potestad normativa privada a lo que usualmente, y de manera especial en la técnica del Derecho privado, se denomina autonomía privada. Aunque a veces, especialmente en la literatura de influencia francesa, se ha preferido la expresión autonomía de la voluntad, la autonomía no es de la voluntad individual, sino todo el poder de decisión de la persona. La existencia de un marco de autonomía de los particulares en el desarrollo de la vida jurídica es algo que en el Derecho privado se reconoce, cuando menos desde finales del siglo XVIII y principios del XIX, y está sin duda ninguna estrechamente emparentado con las concepciones liberales, entendiéndose por tales las que propendían a ampliar el ámbito de libertades individuales.

Por trasladarnos ahora a las sede de la cuestión en el Derecho privado, puede recordarse que allí se suele afirmar que la autonomía privada es el poder de dictarse uno así mismo la ley o el precepto a que se haya de obedecer y, traslaticamente, el poder de gobernarse uno a sí mismo y por sí mismo. Por razones similares podría definirse como el poder de gobierno

de la propia esfera jurídica. Y como la esfera jurídica está formada por relaciones jurídicas que son cauce de realizaciones de los intereses, la autonomía privada puede, igualmente, conceptuarse, como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o puede llegar a ser parte. Este planteamiento obliga a deslindar dos campos de realización de la autonomía privada, uno de ellos en que el poder del individuo, de un solo individuo, es el que reglamenta una determinada situación, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la sucesión *mortis causa* regida por el testamento, en que puede decirse que es la autonomía privada la que crea la *lex successio-nis*. En otro plano habrá que colocar aquellas situaciones que por ser bilaterales o plurilaterales exigen la concurrencia de los poderes de decisión de varias personas, que continúan siendo autónomas en la medida en que en todos ellos se plasma una autonomía privada, aunque exige inevitablemente la coordinación entre las decisiones de unos y de otros.

Por todo ello, es generalmente admitido que los actos de autonomía privada son los que, con carácter general, se denominan en la técnica del Derecho privado, “negocios jurídicos”, y que existe una correlación bastante clara entre autonomía privada negocio jurídico y lo que el epígrafe de nuestro tema denomina tráfico privado, pues en nuestra lengua, traficar vale tanto como comerciar o negociar, que, en términos generales, puede referirse a toda clase de operaciones económicas.

2.— En su estructura formal, los preceptos dimanantes de la autonomía privada, ejercicio de poder de decisión y de los que hemos llamado potestad normativa privada, son similares a los que derivan de un mandato de una autoridad pública. En uno y en otro existe el acotamiento de unos supuestos de hecho y el establecimiento para cada uno de ellos de unas determinadas consecuencias jurídicas. En este punto, la única cuestión es dilucidar si las normas jurídicas surgidas en el ámbito de los órganos en que plasma la organización política de una comunidad poseen un alcance y una

función diferente de los que reclama para sí el ejercicio de la potestad de los privados, de manera que se les puede llamar “normas” mientras los otros deban mantenerse dentro del campo de lo que pueden llamarse “preceptos”.

Concebida en los términos en que se ha hecho, la autonomía privada o poder normativo de los privados presenta un marco de actuación que es muy amplio, pues no sólo se refiere a los contratos o a la regulación de ciertos fenómenos, sino también a la creación y regulación de los estatutos internos de asociaciones, corporaciones y, en general, sociedades civiles o mercantiles.

El reconocimiento jurídico de la autonomía privada supone la traslación al ámbito de lo jurídico de aquello que en el campo de la organización social se denomina libertad individual, de suerte que reconocer autonomía privada es lo mismo que reconocer la validez, pero también la efectividad de los preceptos privados.

Ello significa que, cualquier tipo de sociedad en la que no todo queda en las manos del Estado, hay que reconocer libertad individual y, por consiguiente, autonomía privada, hasta el punto de que en la cultura de la Europa occidental la cuestión no ha sido nunca si existía o no existía, sino el problema de la recíproca relación entre los ámbitos de libertad individual y de autonomía privada y los ámbitos de actuación intervencionista de los poderes públicos, sin olvidar tampoco que la supresión de la autonomía lleva consigo la anulación total de la persona y la conversión de ésta en un puro instrumento. También puede decirse a la inversa. El reconocimiento de la persona impone el reconocimiento de su ámbito de autonomía. En la concepción tradicional, el poder normativo de los privados o el poder de autonomía privada aparece como una creación de la ley. Puesto que la constitución tiene solamente por objeto establecer las condiciones bajo las cuales se ejerce la soberanía por el parlamento, en la materia que ahora estamos estudiando ello conduce a la idea de que la soberanía del parlamento es plena en la materia que estamos estudiando, sin perjuicio de las implicaciones

políticas que el ejercicio en un sentido o en otro podría tener.

La colocación de la autonomía privada en el ámbito del ejercicio de la potestad legislativa conduce también a la idea de que la ley puede funcionar sin dificultades en el establecimiento de los límites bajo los cuales la autonomía privada se encuentra reconocida. En ese sentido, en la susodicha concepción el art. 1.255 CC no presenta problema ninguno. La autonomía de los particulares tiene sus límites en la ley, en la moral y en el orden público. Hay, sin embargo, en el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX una pregunta que resulta necesario hacer y que, de alguna manera, condiciona el desarrollo ulterior de nuestro tema. La pregunta es si hay que buscar un fundamento suprallegal para la libertad contractual y la autonomía privada y si este debe ser un fundamento constitucional. Inmediatamente hay que decir que en la Constitución española no es fácil dar una respuesta a este interrogante, pues ninguno de los preceptos constitucionales parece referirse a esta cuestión. Y lo mismo se puede decir del resto de las constituciones aparecidas en el antes indicado periodo de tiempo.

Sin embargo, con mayor justificación respecto de otras institucionales donde siempre se ha tratado de escharbar en la búsqueda de un fundamento institucional, en este en el que ahora nos encontramos la referencia aparece indiscutible.

A mi juicio, el reconocimiento de un poder de creación normativa privado o de poder de autonomía privada, se encuentra enlazado con la Constitución por lo menos en tres puntos, estrechamente relacionados entre sí, pero en cierta medida también distinto.

a) Ante todo hay que volver a mencionar la dignidad de la persona. Solo se reconoce a un ser como persona cuando se le reconoce su poder de auto-reglamentación.

b) En segundo lugar se encuentra el hecho de que constitucionalmente se encuentra reconocida la libertad de prensa y la libertad de mercado, lo que está presuponiendo el reco-

nocimiento de cada uno de los seres humanos como posibles agentes económicos que actúan dentro de ese ámbito también en libertad, con la capacidad de decisión que se les supone y, posibilidad de quedar unos y otros vinculados por las decisiones que adopten.

c) En tercer lugar, se encuentra, asimismo, la inevitable relación que existe entre el tema a que estamos aludiendo y la organización política de la nación o, si se prefiere, el tipo de estado.

El hecho de que hayamos podido entroncar (o establecer) algún tipo de relación entre la autonomía privada o poder normativo de los privados, como la hemos denominado en este escrito, y de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de empresa u otros parecidos, no significa, ciertamente, que toda la regulación que atañe a la autonomía privada deba considerarse como desarrollo de derechos fundamentales y, por consiguiente, sea aprobado por ley orgánica, puesto que, en nuestra opinión, son dos cosas distintas, el enlace que puede establecerse y fundamentarse, y normas de concreción o de concretización y, por otra parte, hay alguna diferencia entre regular el desarrollo de los derechos fundamentales y regular legislativamente todas la materias que con ellos puedan tener relación.

Lo que anteriormente hemos dicho significa que, en el momento actual, el legislador no goza de la misma libertad, ni es igualmente soberano para introducir en la autonomía privada todos los límites que bien le parezca, sino solamente aquellos que puedan tener por objeto la protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos o protegibles.

Desde el punto de vista legal, ello significa que en la fijación de límites que se contienen en el art. 1.255 CC, habría hoy que cuestionar la referencia, sin paliativos y sin ningún tipo de matices, a la ley, que, aunque sea una ley de carácter imperativo, goza de los postulados a los que inmediatamente antes hemos llegado. Algo similar, aunque en otra dirección, habría que decir respecto de la consideración de la "moral" como un límite de la autonomía pri-

vada, que tiene por objeto proscribir los negocios jurídicos inmorales y sus consecuencias. Es manifiesta la dificultad que presenta cualquier intento de puntualización de esta idea que forma parte del mentado art. 1.255. Respecto de ello se puede repetir alguna consideración que ya ha sido efectuada (cfr.: Díez-Picazo - Gullón, “*Sistema de Derecho Civil*” 11ª ed., vol. I, pág. 381).

Las consideraciones son básicamente tres. La primera es que al no positivizarse la moral de una forma concreta, el margen del intérprete juzgador para su aplicación es teóricamente amplísimo. En segundo lugar, parece también claro que la idea de moral del art. 1.255 CC no puede identificarse con los preceptos de este tipo de una determinada concepción religiosa, pues el pluralismo, el reconocimiento del principio de igualdad de todas las confesiones ante la ley, y el derecho de las personas a profesar cualquier credo religioso o a no profesarlo, o no profesar ninguno, impediría aquellas identificaciones.

En tercer lugar, es igualmente rechazable una identificación de la moral con la ética de cada individuo, pues si la norma jurídica se propone una ordenación uniforme de las conductas para alcanzar valores superiores como la justicia, carecería de sentido que, al mismo tiempo, permitiese con sus efectos las conductas que subjetivamente los destinatarios de las normas creyeran más ajustadas a sus personales juicios éticos.

Ocurre además, si las cosas se miran despacio, que la referencia a la moral del art. 1.255 CC, algo parecido a la que existe en relación con la causa torpe y con la proscripción de la *condictio de restitución* en el art. 1.306, pues las reglas o aforismos como son los que exigen que los litigantes se presenten ante el tribunal con las manos limpias, o el que prohíbe alegar la propia *turpitud*, se dice que encuentran su fundamento en tratar de evitar a los tribunales de justicia caer en el lodazal de decidir cuestiones que pongan en peligro su honorabilidad, aunque frente a ello siempre se haya dicho que los tribunales, especialmente los dedicados a las materias penales, juzgan toda clase de su-

puestos, sin quedar detenidos por la valoración que se pueda realizar de los hechos y todo ello sin perder de vista que no es la mejor manera de decidir un asunto iniciarlo con una valoración ética de la parte reclamante.

Todo ello probablemente en un momento como el actual aconsejaría prescindir de la referencia a la moral que hace el art. 1.255 CC, sustituyéndola por “buena costumbre” o simplemente no diciendo nada y suponiéndolo englobado en el concepto de orden público.

**3.-** Conviene ahora examinar los tipos de los que se puede llamar “controles públicos” y la forma como inciden en los negocios jurídicos privados. Inicialmente cabe una doble configuración de los controles, según los órganos a los que esté encomendado, y estos sean judiciales o administrativos, pues, en efecto, las dos posibilidades existen. Así, por ejemplo, la homologación de los convenios celebrados por el acreedor con el deudor común en los expedientes de concurso de acreedores se ponen en manos de la autoridad judicial, mientras que pueden existir otros que competan a autoridades administrativas. Dentro de las autoridades administrativas, debemos colocar todos aquellos que no son estrictamente órganos jurisdiccionales y que no forman parte del Poder Judicial. En este sentido, el confiar la documentación pública y fehaciente a personas investidas de la potestad de dar fe pública (vgr.: notarios, etc.) parece que debe situarse en la órbita de las autoridades administrativas, de la misma forma que acordar la inscripción de los negocios jurídicos privados en los registros de la propiedad o de la decisión de tomar cualesquiera otros asientos en cualesquiera otros registros.

Todavía por lo que se refiere a aquellos “controles” que se confieran o confieren a las autoridades del Poder Judicial, cabe distinguir según que se trata de actos de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria, sin que consideremos necesario, en estos momentos, penetrar en tan sutil y difícil distinción. Por regla general, una función de control forma parte más bien de la jurisdicción voluntaria,

pero no puede excluirse que determinadas materias resulten confiadas a órganos jurisdiccionales del Estado cuando estos puedan, además, actuar de oficio (p. ej.: las decisiones sobre la nulidad radical y absoluta de los negocios jurídicos).

Desde otro punto de vista, lo que hemos llamado “controles públicos” pueden distinguirse según la forma en que se inserten o se relacionen con los negocios jurídicos previstos que resulten “controlados”, pues, en efecto, cabe la posibilidad de que las decisiones de las autoridades públicas se inserten en el supuesto de hecho complejo y de formación progresiva acompañando en este sentido al negocio o formando parte de él, mientras que en otros casos quedan separados del negocio y son *a posteriori* condiciones de eficacia de los mismos.

Tal distinción puede tener trascendencia respecto de los defectos que pueda presentar o del acto de control o de la falta del mismo, pues en algunos casos lo único que hay es un *iter* negocial no concluido, mientras que en otro puede darse una hipótesis de nulidad del negocio por falta de las condiciones de validez. Es, de todas maneras, este un tema que no puede resolverse con carácter general y que requerirá, en cada caso concreto, un examen de la naturaleza de la decisión judicial o administrativa que hubiera que tomar y de las razones por las que se ordena y de la influencia que deba ejercer en los preceptos de autonomía privada.

4.— Para ir cerrando este esbozo o ensayo de una tipificación de las líneas de intervención de las autoridades públicas en los trámites privados, tal vez convenga volver los pasos atrás, pues unos pasos atrás habíamos advertido de la existencia de tres formas de intervención y tres tipos de finalidades que con ellas se pueden buscar.

a) La primera de todas ellas, es la defensa de la legalidad o el control de la legalidad. Se trata de determinar el mayor grado de certidumbre posible, si la actividad llevada a cabo por particulares se ajusta a normas jurídicas o, por el

contrario, se aparta de ellas. Se trata de una actividad que rigurosamente se puede llamar de homologación, puesto que esta comprobación es de cotejo, es aquello en que la homologación consiste.

Como hemos dicho ya, la homologación o el control de la legalidad puede dar lugar a una respuesta positiva o a una respuesta negativa, y en este caso producir una sentencia por virtud de la cual determinados datos se anulen por resultar contrarios a normas imperativas o prohibitivas, como dice el art. 6.3 del Código civil, lo que en un buen número de casos resulta exigido por las propias normas de Derecho imperativo y por su efectividad.

b) La segunda línea posible es la que toma bien en el principio de seguridad jurídica, tal como éste se encuentra consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, y como se encuentra desarrollado en toda una serie de normas jurídicas de carácter legal. Como he dicho en otro lugar (cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, pág. 53), se trata de conseguir que el desarrollo de los negocios y de las transacciones se realicen en un ordenamiento jurídico que esté dominado por la idea de seguridad. Dotar de seguridad a los negocios significa favorecerlos, y con ello una buena parte del desarrollo económico de toda la colectividad, que en tales negocios encuentra su fundamento. Desde este punto de vista, hemos señalado que seguridad jurídica no es solo exigibilidad o certidumbre del sistema normativo aplicable al caso, sino que es también seguridad de los derechos subjetivos pertenecientes a particulares, porque se considera de justicia que se respete la titularidad dominical o de cualquier otro derecho perteneciente a una persona. En este sentido, son intervenciones públicas tendentes a garantizar la seguridad de los derechos, aquellas que hacen a estos inmunes a posibles ataques procedentes de títulos, negocios o actividades que el titular, en el momento de llevar a cabo el negocio adquisitivo, ni conoció, ni tenía por qué conocer. En este punto, seguridad jurídica y seguridad de los derechos se liga inevitablemente con “seguridad del tráfico”. Como se ha dicho también, el tráfico exige que

la persona que interviene en él no tenga que llevar a cabo investigaciones agotadoras de los títulos del que negocia con ella, y que no tenga que ir más allá de lo razonable. Por consiguiente, la oportunidad de no quedar expuesto a pretensiones de fundamentos desconocidos o inesperados, la inmunidad frente a este tipo de pretensiones es una regla con una carga clara de seguridad jurídica. Es perfectamente claro también, que todos los mecanismos que tienden a formalizar inscripciones registrales en los registros públicos con el fin de que frente a los terceros pueda jugar, con ella, un principio o una pretensión de exactitud registral, persigue la misma finalidad.

c) La oportunidad y la efectividad de las medidas que puedan adoptarse.

Es la última de las finalidades que una intervención administrativa pueda perseguir. No sólo que la legalidad sea respetada. No sólo que los derechos de los actos de los particulares se puedan consolidar, sino también que las medidas adoptadas son útiles y razonables desde el punto de vista práctico. Esta regla de oportunidad puede acompañar a las medidas de respeto de la legalidad o pueden ir separadas

de ellas. Puede recordarse en este lugar, que las autorizaciones judiciales recaídas en expedientes de jurisdicción voluntaria para la defensa de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles de menores de edad, no conllevan sólo el respeto de la legalidad en el acto de enajenación, sino también la utilidad del acto mismo respecto del patrimonio del menor.

En un terrero manifiestamente pactado del que se acaba de citar, como es lo que se ha llamado el “control de las concentraciones económicas”, aparece no siempre con la debida separación, las dos posibles actividades. Así, en el art. 10 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, no hay solo un control de legalidad de cumplimiento de los parámetros legales en la posible concentración de empresas, sino que hay también (cfr.: art. 10) un parámetro que consiste en atender a criterios de interés general, distintos de aquellos que tienen por objeto la defensa de la competencia en determinados aspectos como puede ser la defensa y la seguridad nacional, la protección de la salud pública, la protección del medio ambiente, la protección de la investigación y desarrollo tecnológicos, y la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos en las regulaciones sectoriales.